



# Universidade de Lisboa Faculdade de Direito

## **A Recuperação de Ativos**

à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

Dissertação de Mestrado em

Ciências Jurídico-Forenses

Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho

**Lisboa**

**2018**

*À Vida Das Minhas Filhas Mariana e Madalena,*

*À Memória Da Minha Querida Avó Mida*

## Sumário:

I. Introdução 1.1 O Direito de Propriedade 1.2 A Recuperação de Ativos 1.3 Objetivos da Recuperação de Ativos 1.4 A Recuperação de Ativos e as medidas de combate ao lucro ilícito (medidas incriminadoras ou consequências jurídicas do crime) 1.5 O Gabinete de Recuperação de Ativos 1.6 Investigação Financeira ou Patrimonial II. Da Perda 2.1 A declaração de perda dos objetos a favor do Estado 2.2 Instrumentos, Produtos e Vantagens *Instrumentum Sceleris, Objetum Sceleris, Fructum Sceleris* 2.3 Conceito de Instrumentos e Produtos na Diretiva 2014/42/UE, de 3 de Abril (e Bens ou Produtos relacionados com crimes na Lei 45/2011, de 24 de junho) 2.4 Natureza Jurídica dos instrumentos, produtos e vantagens 2.4.1 dos Instrumentos 2.4.2 dos produtos 2.4.3 das vantagens 2.4.4 das vantagens da perda alargada 2.5 Dialética dos vários mecanismos de perda 3. Mecanismos processuais aplicáveis à perda (modos de “confiscar”) 3.1 Breves notas 3.2 Das medidas processuais CPP 3.2.1 Da apreensão 3.3 Das medidas de garantia patrimonial 3.3.1 Caução Económica e Arresto preventivo 3.3.2 Medidas de garantia patrimonial e a Caução art.º 197 do CPP 3.4 Da Medida Processual da Lei 5/2002 3.4 O Arresto 3.4.1 Noção de património do art.º 7.º n.º 2 da Lei 5/2002 3.4.2 Momento da aplicação do arresto: A “todo o tempo” 4. Recuperação de Ativos e Conformidade Constitucional (da Lei 5/2002) 5. Conclusão

## I. Introdução

O presente trabalho não pretende ser um romance, embora o tema recuperação de ativos seja, de certo, apaixonante para quem resolve inteirar-se por esta área do direito. Dogmaticamente a recuperação de ativos inclina-se para o ramo do direito penal, desde logo porque as disposições substantivas e processuais aplicáveis encontram-se previstas em diplomas como o Código Penal, Código de Processo Penal, Regime Tráfico e Consumo de Estupefacientes bem como noutros regimes especiais penais.

A recuperação de ativos é, simultaneamente, uma área vasta e em transformação pelo que nem aquele dogma nos parece irrefutável. Esta será uma das questões que o presente trabalho procurará contribuir para a discussão. Por certo não temos a pretensão de pensar que solucionaremos aqui e agora os problemas jurídicos relacionados com os mecanismos substantivos e processuais da recuperação de ativos.

Confessamos, embora seja público, que o tema inicial desta dissertação de mestrado não era “A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio”, mas simplesmente “A Recuperação de Ativos”. A intenção subjacente na alteração era confinar o tema num espaço mais reduzido de modo a focar-nos em determinados aspetos da recuperação de ativos. Todavia, julgamos que a alteração pode ter tido o efeito perverso de obrigar-nos a falar a dobrar sobre as matérias (o antes e o depois).

Face ao exposto tivemos de correr o risco de entrar por aquilo que Umberto Eco<sup>1</sup> chama depreciativamente de “tese panorâmica”, por contraposição à “tese monográfica”. Porem, esperamos que o resultado final não seja visto, por quem nos ler, naqueles termos e antes numa perspetiva de contextualização e, de resto, defendida também por aquele autor como necessária.

Como dissemos, depois de termos partido com uma ideia inicial de falar sobre aspetos específicos que a lei veio modificar na ordem jurídica nacional, verificámos que o objeto, ainda inserindo-se na temática da recuperação de ativos à luz das alterações legislativas, obrigava que se contextualizasse e densificasse certas matérias, as quais não podiam ser menos do que o produto final a que chegámos (isto no nosso entendimento).

Reiteramos que não partimos com a pretensão de abordar tudo o que estivesse relacionado com a recuperação de ativos, e, chegámos ao final, com essa certeza. A vontade era referir algumas implicações que a transposição da Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril, sobre “*o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia*” iriam ter na nossa ordem jurídica interna e se possível concluir pela natureza jurídica da recuperação de ativos. O que nos fez pensar que tal demanda não seria grandiosa demais inspirou-se na ideia de que o sistema jurídico português estava preparado de antemão para as modificações que viriam a ocorrer. De resto deixámo-nos levar pelas considerações sobre a nova Diretiva do autor João Conde Correia. Este autor, num trabalho publicado, no 2.º semestre de 2014, debruçou-se sobre os possíveis reflexos daquele instrumento legal na nossa ordem jurídica nacional. Dizia ele que,

*“As soluções consagradas na nova Diretiva, mesmo as mais polémicas (confisco não baseado numa condenação, nos termos do art.º 4.º, n.º 2) não significam, afinal, grandes alterações à lei Portuguesa vigente, máxime aos Códigos Penal e de Processo Penal (...)”*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Umberto Eco, no original “*Como Si Fa Una Tesi Di Laurea*”, na tradução por Ana Falcão Bastos e Luís Leitão “*Como se faz uma tese - Em Ciências Humanas*”, 19.ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 2015, na pág. 43, diz-nos que “*“Evidentemente, é mais excitante fazer a tese panorâmica, pois, além, do mais, parece fastidioso ocupar-nos durante um, dois ou mais anos sempre do mesmo autor. Mas repare-se que fazer uma **tese rigorosamente monográfica não significa de modo nenhum perder de vista o contexto**”*

<sup>2</sup> João Conde Correia, “*Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia ) No Direito Português Vigente*”, Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), II (2.º Semestre de 2014), Lisboa, 2014, pág. 112

De facto a Diretiva, naquilo que previa como obrigatório ser transposto pelos países membros, não parecia implicar a necessidade de muitas modificações em Portugal. Face à lei que acabou por transpor a referida Diretiva a realidade, hoje, parece-nos diferente. A Diretiva 2014/42/UE tinha como data inicial de transposição, para a ordem jurídica interna 4 de Outubro de 2015, tendo essa data sofrido um adiamento para 4 de Outubro de 2016. Como sabemos a referida transposição veio só a ocorrer em 30 de maio de 2017, pela Lei n.º 30/2017 (por outras palavras depois de esgotado o prazo estipulado para a sua transposição). Com a transposição vários diplomas foram modificados e, apesar de numa primeira leitura poder parecer que o panorama se mantinha muito semelhante, operaram-se alterações significativas. Os reflexos da transposição foram visíveis, como referido, no Código Penal, Código de Processo Penal, mas também noutras leis como a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, relativa às “*medidas de combate à criminalidade organizada e económica-financeira*”, na Lei 45/2011, de 24 de Junho, que procedeu à criação do Gabinete de Recuperação de Ativos, bem como ainda noutras disposições legais<sup>3</sup>. Pelo exposto, verificamos que a transposição da Diretiva alterou vários artigos dos diplomas mencionados e não procedeu à criação de um diploma com um regime próprio. Estas alterações transversais a vários diplomas têm implicações obviamente com a recuperação de ativos.

Considerando estes considerandos (passe o pleonismo) o presente trabalho, querendo cingir-se à recuperação de ativos face à alteração legislativa verificada, deparou-se com o problema de *ab initio* nos termos proposto a um tema demasiado vasto, o qual, por sua vez, obrigava, naturalmente, a uma contextualização face ao regime jurídico anterior à transposição da Diretiva. Dito de outra forma e mais concretamente, não poderíamos analisar as alterações verificadas pela lei n.º 30/2017 sem analisarmos o antes. Ora no antes e no agora continua por definir o que é “recuperação de ativos”. Naturalmente esta é uma das questões que este trabalho irá responder, embora não seja tarefa fácil na medida que inexiste qualquer disposição que se conheça no ordenamento jurídico que defina exatamente o que é a “recuperação de

---

<sup>3</sup> Além dos diplomas legais referidos a Lei n.º 30/2017, nos termos do art.º 1.º, procedeu à alteração dos seguintes diplomas legais – Lei n.º 34/2009, de 14 de julho [regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial]; DL n.º 54/75, de 12 de fevereiro [regime jurídico que remodela o sistema da propriedade automóvel]; DL n.º 224/84, de 6 de julho [Código do Registo Predial]; DL n.º 403/86, de 3 de dezembro; DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro [regime geral das Instituições de crédito e Sociedades Financeiras]; DL n.º 398/98, de 17 de dezembro [lei geral tributária] e DL n.º 164/2012, de 31 de julho [orgânica do IGFEJ].

ativos”. Embora não consideremos esta matéria transcendente ou esotérica (e de resto desconhecem-se posições que assim categorizem o tema), que apele a uma espiritualidade inalcançável ao “homem médio”, a verdade é que inexiste a referida definição. Sobre esta dificuldade o autor João Conde Correia diz-nos que,

*“O conceito de recuperação de ativos não coincide com o conceito de confisco ou de perda, tendo um significado muito mais amplo e, ainda, pouco decantado.(.. )No fundo, com esta expressão, designa-se todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime (fase (..) confiada ao Gabinete de Administração de Bens).”<sup>4</sup>*

Outra questão que surge sempre como óbice à recuperação de ativos é o direito de propriedade. As possíveis ofensas a este direito constitucionalmente consagrado far-nos-á dedicar logo o primeiro capítulo deste trabalho. Após resolvermos as questões do direito de propriedade, do conceito e dos objetivos da recuperação de ativos falaremos do papel do Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA) nesta matéria. Apesar da recuperação de ativos não ser uma atividade da exclusiva responsabilidade deste gabinete é incontornável falar daquela atividade e não falar do GRA. Relacionado com este serviço está associada a investigação financeira e patrimonial. Este tipo de investigação, associada à recuperação de ativos, por força da Lei 45/2011, de 24 de junho (lei que criou o GRA), levanta inúmeras questões, nomeadamente a sua dependência da investigação criminal, dos meios de prova admissíveis, bem como os meios de obtenção de provas.

Resolvidas aquelas questões analisaremos os regimes substantivos destinados à recuperação de ativos. Olharemos para as espécies de perda no regime nacional. Analisaremos o desencontro aparente relativamente aos vocábulos usados na diretiva “*instrumentos*” e “*produtos*” e aqueles constantes nos diplomas nacionais “*instrumentos*”, “*produtos*” e “*vantagens*”.

---

<sup>4</sup> João Conde Correia, “*Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*”, Revista Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses, IC3F, Nº 1 (outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017, *pág.* 48, nota de rodapé n.º 1

Como referido, impõe-se analisar a natureza jurídica do confisco, quer antes quer depois das alterações legislativas. A recuperação de ativos não se faz só com o direito substantivo e por isso naturalmente falaremos dos mecanismos processuais destinados a executar uma declaração de perda e das questões inerentes.

Um dos regimes mais “problemáticos” e que mais questões levanta relativos à perda das vantagens é aquele previsto da Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Esta lei, marco incontornável num sistema jurídico moderno dirigido à recuperação de ativos, sofreu diversas alterações operadas pela transposição da Diretiva. As alterações ocorreram ao nível da inclusão de um maior número de crimes, do alargamento dos prazos para realizar a investigação destinada a aplicar o regime da perda das vantagens, bem como alterações quanto ao momento de aplicação da medida processual do arresto prevista na Lei 5/2002 e ainda a criação de uma norma direcionada à perda dos instrumentos dos crimes enunciados no catálogo daquela lei. Não analisaremos todas estas questões, porque, além do mais, impõe-se que se faça também uma leitura da noção de património do arguido (apesar deste conceito de património não ter sofrido alterações pela Lei n.º 30/2017). Sobre a Lei 5/2002, na parte que prevê um regime especial de perda das vantagens, colocaremos questões relativas à sua constitucionalidade.

No final e após as múltiplas questões feitas ao longo do trabalho pensamos poder responder à questão maior de onde posicionar a recuperação de ativos, no seu todo, em que área do direito. Este é o plano para a dissertação. Para essa conclusão final seguiremos a metodologia dedutiva, isto sem prescindir de relativamente a determinadas questões usarmos a analogia para extrair premissas válidas. Os métodos de investigação usados serão o bibliográfico e direito positivado.<sup>5</sup>

\*\*\*

---

<sup>5</sup> É natural que se detete algum empirismo à mistura fruto da área profissional onde o signatário tem vindo a desempenhar funções.

## 1.1 Direito de Propriedade<sup>6</sup>

O ponto de partida para o presente trabalho poderia ser o conceito, noção, definição de recuperação de ativos. Por opção nossa opta-se por abordar primeiramente as questões relativas ao direito de propriedade e só depois procurar definir exatamente em que consiste tal atividade. Quando se fala em recuperação de ativos, naturalmente, surgirão questões relacionadas com possíveis ofensas ao direito de propriedade. Nas palavras do autor João Conde Correia “*O legado iluminista trouxe “uma proibição constitucional generalizada do confisco”*”<sup>7</sup> (confisco esse que poderá ser visto à luz dos tempos modernos como uma atividade desempenhada pela recuperação de ativos). De acordo com aquele autor a proibição radicava na violação do “*direito de propriedade (essencial para a burguesia, então, emergente)*”.<sup>8</sup> Discutia-se nesses tempos, portanto, a validade da compressão do direito de propriedade. Hoje, o direito de propriedade privada continua a ser um direito com tutela constitucional. A sua proteção está consagrada na parte dos “*direitos e deveres fundamentais*”, no artigo 62.º. Logo, a questão que se coloca é de saber se o “confisco” ou, num neologismo, a recuperação de ativos pode violar de algum modo o direito à propriedade privada?

Além do direito de propriedade ser posto em causa com a recuperação de ativos, o “confisco” *briga* com a própria dignidade da pessoa humana. Sobre a dignidade da pessoa humana dizia-nos o professor António Pedro Barbas Homem que,

*“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana(.)” e que “A dignidade da pessoa humana antecede, portanto, a justiça e o direito, ou, dito de outro modo, constitui o seu fundamento.”*<sup>9</sup>

Mais do que a compressão do direito de propriedade o confisco, ou, na era atual, a recuperação de ativos, pode limitar essa **dignidade da pessoa humana**, a qual precede mesmo o direito. Este era um dos fundamentos maiores para o movimento da

---

<sup>6</sup> Duarte Alberto Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, Revista Julgar On-line (fevereiro de 2017), Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2017, pág. 60, diz-nos que “**O direito à propriedade privada abrange a propriedade sobre coisas (móveis ou imóveis), a propriedade científica, literária ou artística e outros direitos de valor patrimonial (v.g direitos de autor, direitos de crédito e participações sociais) e inclui quatro componentes: liberdade de adquirir bens, de usar e fruir os bens de que se é proprietário e de os transmitir e o direito a não ser privado deles**”.

<sup>7</sup> João Conde Correia, op. cit. “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..)” pág. 85

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> António Pedro Barbas Homem, “O justo e o injusto”, reimpressão edição Novembro/2014, Lisboa, AAFDL, 2014, pág.50



consagração generalizada da proibição constitucional do confisco na Europa nos séculos XVIII e XIX. O confisco desses tempos, dizia-nos João Conde Correia,

*“era uma pena incompatível com a **dignidade da pessoa humana**. (..)”*

*“ele violava, também o princípio da intransmissibilidade das penas, sendo inadmissível enquanto sanção criminal.”<sup>10</sup>*

Ora parece-nos que é aqui que reside a alteração substancial que permite no direito moderno não configurar o confisco como violador dos direitos constitucionais. Se é verdade que o direito de propriedade privada está previsto na lei fundamental a verdade é que não é um direito absoluto e, pelo facto, da **recuperação de ativos não atentar contra a dignidade da pessoa humana**, abrem-se as mentes para a sua permissibilidade. Do nosso ponto de vista a recuperação de ativos não será hoje uma sanção criminal (no sentido de uma pena). Disso daremos conta quando analisarmos a natureza jurídica dos regimes substantivos da perda. Nesse sentido, para trás, começa agora a ficar a ideia da proibição, razão pela qual subescrevemos as seguintes palavras de João Conde Correia,

*“O confisco num Estado absoluto, que não conhece quaisquer limites, é muito diferente do confisco num Estado de Direito democrático, onde os diferentes poderes se controlam mutuamente. (..) De instrumento muito perigoso o confisco passou a ser hoje ... um mecanismo essencial à defesa do próprio Estado de Direito.”<sup>11</sup>*

Por isso, ultrapassada a questão maior que antes estava intrinsecamente ligada ao confisco e que era a dignidade da pessoa humana, **o direito de propriedade privada está sujeito à compressão e até por motivos diversos**. Desde logo a própria lei constitucional, no n.º 2 do art.º 62, estatui as figuras da requisição e expropriação por utilidade pública, ou seja, fora do domínio penal. Para além desta situação Domingos Sá dava-nos conta de que, ainda no domínio da versão originária do Código Penal, o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a conformidade com a lei fundamental do art.º 108.º, inserido no título VII *“Da perda de coisas ou direitos relacionados com o crime”*, e que regulava a perda dos objetos pertencentes a terceiro (art.º 108 do CP, na redação de 1982, tinha a epígrafe *“Objectos de terceiro”*, corresponde hoje, pelo menos em parte, ao art.º 111.º, com o título *“instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro”*). No longínquo ano de 1987 já existia o entendimento no Tribunal

---

<sup>10</sup> João Conde Correia, op. cit. “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..)” pág. 85

<sup>11</sup> Idem, pág. 87

Constitucional de que o direito de propriedade privada não era absoluto. Dizia-se no acórdão, publicado no D.R de 24/09/87, que,

*“(..) o direito de propriedade privada é sacrificado em homenagem aos valores de segurança das pessoas, da moral ou da ordem pública que constituem o alicerce de um estado de direito democrático, em consonância, de resto, com o carácter não absoluto daquele direito constitucional fundamental. (..) Neste entendimento, o art.º 108.º do Código Penal não é inconstitucional nomeadamente por violação do art.º 62º da Constituição.”*<sup>12</sup>

Além da compressão do direito de propriedade privada no âmbito penal substantivo o seu carácter não absoluto é também demonstrado ao nível do direito processual penal. Nesse sentido vai também o acórdão n.º 7/87, do TC, onde a propósito da apreensão no CPP, pronuncia-se nos seguintes termos,

*“Quanto à violação do n.º 1 do artigo 62.º: Garante-se aí «o direito à propriedade privada e sua transmissão em vida ou por morte». Simplesmente, o direito de propriedade está longe de ser ilimitado e a apreensão de objectos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de considerar-se como um limite imanente desse direito.”*<sup>13</sup>

Daqui não devemos tomar que toda e qualquer medida processual de apreensão aplicada pelas autoridades está conforme a lei. Naturalmente que os requisitos legais têm de ser cumpridos. Nesse sentido diz-nos também Carlos Campos que,

*“O acto de apreensão priva o proprietário, possuidor ou detentor dos direitos inerentes, designadamente uso, fruição, disposição, exercício do comércio, etc.. Sendo o direito de propriedade um direito fundamental*

---

<sup>12</sup> Parte do conteúdo do referido acórdão foi lido em Domingos Silva Carvalho de Sá, “*Objetos Perdimento e Confisco*”, Revista MaiaJuridica, Julho-Dezembro de 2005, número 2, Ano III, Maia, 2005, pág. 38;

<sup>13</sup> O Ac. n.º 7/87, proferido no Processo 302/86, consultado in Diário da República n.º 33/1987, 1º Suplemento, Série I, de 1987-02-09, pronunciou-se naqueles termos a instâncias do Presidente da República que solicitou a apreciação preventiva da constitucionalidade de várias normas do CPP, aprovado em Conselho de Ministros a 4 de Dezembro de 1986, e que revogou o CPP de 15 de Fevereiro 1929. A questão jurídica “*f) O artigo 178.º, n.º 3, ao permitir que as apreensões sejam feitas por despacho da «autoridade judiciária», ou mesmo por órgãos de polícia criminal, parece violar o disposto no n.º 4 do citado artigo 32.º e no n.º 1 do artigo 62.º da CRP;*” O referido acórdão é citado em Lopes, J.J. Almeida, “Constituição anotada”, 6.ª revisão, Coimbra, Edições Almedina, 2005, na anotação ao art.º 62

*reconhecido pela Constituição (art.º 62º), a sua limitação tem que se confinar às condições previstas na lei.”<sup>14</sup>*

Posto isto teremos de concluir no sentido de que o direito de propriedade privada merece continuar sob tutela constitucional, como direito fundamental no nosso ordenamento jurídico, embora esteja sujeito a uma compressão normal face a outros valores. Todavia, face a novos regimes jurídicos de perda de bens a favor do Estado, cada vez mais agressivos para os direitos dos particulares, a questão tende a ressurgir. Nesse sentido é legítimo que se questione se o regime especial denominado por “perda alargada”, previsto na Lei 5/2002, não vai além das limitações que poderão ser impostas ao direito de propriedade ou da dignidade da pessoa humana. Porque, e aproveitando o raciocínio do autor Carlos Campos sobre a compressão deste direito face à apreensão, a questão é que,

*“A limitação do direito de propriedade deve circunscrever-se ao necessário para assegurar as finalidades previstas na lei. Esta limitação está longe de ter definição fácil”.<sup>15</sup>*

Ora com os regimes agressivos de perda de bens esta é exatamente a questão, saber dosear entre as finalidades que se visam com estes mesmos regimes e o seu justo equilíbrio face ao direito constitucional da propriedade. A este propósito a jurisprudência europeia já se pronunciou pelo respeito do direito de propriedade relativamente a regimes similares ao nosso confisco alargado. Nesse sentido Érico Barin diz-nos que,

*“(..) o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso de bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos)”<sup>16</sup>*

Este autor cita jurisprudência do TEDH onde se destaca o acórdão Philips contra o Reino Unido, de 5 de julho de 2001. Este acórdão tornou-se uma referência de tal modo

---

<sup>14</sup> Carlos da Silva Campos, “Apreensão e propriedade. Considerações sobre as medidas de apreensão em processo penal”, Verbo jurídico (Outubro/2006), Lisboa, 2006, pág. 10

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Érico Fernando Barin, “Alargar a Perda Alargada: O Projeto Fenix”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 4, n.º 16 (Outubro-Dezembro 2013), Coimbra, 2013, pág. 69

que não há doutrina em que não seja citado a propósito do confisco alargado. Jorge Godinho diz-nos que,

*“No caso Phillips c. Reino Unido, o TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre uma queixa relativa à aplicação do regime inglês de confisco alargado baseado em presunções (assumptions), in casu na versão resultante da s. 4(3) do Drug Trafficking Act de 1994.<sup>17</sup> A questão foi discutida com referência a três<sup>18</sup> disposições da Convenção.” Uma delas era a “eventual violação do art. 1.º do 1.º Protocolo à Convenção, que tutela o direito de propriedade. O Tribunal, aplicando um raciocínio de proporcionalidade, e considerando a importância do fim prosseguido (fight against the scourge of drug trafficking), considerou não haver violação dessa norma.”<sup>19</sup>*

Este mesmo acórdão é também referido pelos autores Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, a propósito do direito de propriedade, que adiantam,

*“O mesmo acórdão negou, ainda, a violação da garantia do direito de propriedade considerando que a presunção legal em que se baseia a perda ampliada é proporcional ao objectivo a atingir e à dificuldade em estabelecer o montante dos proventos derivados do tráfico de estupefacientes.”<sup>20</sup>*

---

<sup>17</sup> O Drug Trafficking Act de 1994 assume-se com uma disposição do direito comparado de redobrado interesse no panorama jurídico nacional, por causa da presunção ali estabelecida que pode de alguma maneira ser equiparada à existente na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, art.º 7.º, na parte relativa ao regime especial de perda de bens. Nesse sentido os autores Euclides Dâmaso Simões, e José Luís F. Trindade, “*Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*”; Julgar On-line - Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2009, pág 4, dizem “ (...) o art.º 2º da Lei do Reino Unido sobre tráfico de droga, de 1994, que dá intensa consagração ao instituto da extended forfeiture (...) i) – Em virtude da presunção estabelecida no art. 2º da lei da droga de 1994, segundo a qual o conjunto de bens na posse do acusado nos seis anos precedentes ao início do processo integram a noção de produto do tráfico de droga (...)” Recorde-se que a lei 5/2002 também contem um regime onde se estabelece uma presunção de que constitui vantagem de atividade criminosa o património adquirido até 5 anos antes da constituição como arguido que seja incongruente com os rendimentos lícitos.

<sup>18</sup> As outras questões que estavam em causa e que o TEDH se pronunciou neste acórdão prendiam-se com a eventual violação das disposições do art. 6.º, n.º 2 e n.º 1, que consagram, respetivamente, a presunção de inocência e o direito a um processo equitativo

<sup>19</sup> Jorge Godinho, “*Brandos Costumes*”, “*Liber Discipulorum* para J. Figueiredo Dias”, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág 1352 a 1354;

<sup>20</sup> Euclides Dâmaso Simões, e José Luís F. Trindade, “*Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*”; Julgar On-line - Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2009, pág. 9

Face ao que se disse, posto de parte parece estar que o confisco represente de alguma maneira uma violação do direito de propriedade privada quer estejamos no domínio das normas processuais destinadas a executar tal medida (v.g apreensão ou arresto da Lei 5/2002) ou nas disposições de carácter substantivo (seja nas modalidades da perda previstas no Código Penal, art.º 109.ºss, da perda alargada da Lei 5/2002, art.º 7.ºss, ou noutros regimes de perda previstos em diplomas extravagantes v.g art.º 35.º ss do DL 15/93, de 22 de janeiro, relativo tráfico de estupefacientes). Por isso não é de estranhar que no panorama jurídico nacional a jurisprudência do Tribunal Constitucional acolha o mesmo entendimento. No acórdão do TC, de 12 de Agosto de 2015, onde se analisa o confisco alargado, é dito que inexistente uma ofensa ao direito de propriedade porque o que está em causa é,

*“(..) privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, assim se **restaurando a ordem patrimonial segundo o direito(..)**”.*<sup>21</sup>

A leitura que se tem de fazer é que a privação feita ao arguido, nos termos do regime da Lei 5/2002, constitui uma restauração da ordem patrimonial existente previamente à prática dos crimes, ou seja, promovendo-se *“assim uma ordenação dos bens adequada ao direito.”*<sup>22</sup> Sobre o regime da Lei 5/2002 violar o direito à propriedade privada responde-nos Duarte Nunes que,

*“Em suma entendemos que o confisco **“alargado” não viola o direito à propriedade privada pois a CRP não tutela a propriedade obtida mediante a prática de crimes.**”(..) “ainda que a CRP não contenha nenhuma norma que delimite expressamente o direito à propriedade privada nestes termos, acaba por fazê-lo de forma implícita. (..) o confisco **“alargado” constitui uma delimitação negativa da tutela do direito de propriedade operada no art.º 62.º, n.º 1, da CRP, sendo que não existe qualquer razão válida para destrinçar, a este nível, o confisco***

---

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, Processo n.º 665/15, de 12 de Agosto de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, publicado em DR, 2.ª série, em 23 de Setembro de 2015

<sup>22</sup> Figueiredo Dias, *apud* Jorge Godinho, *“Brandos Costumes”*, op. cit. pág 1351;

*de vantagens previsto no art.º 111.º do CP e noutros diplomas avulsos e o confisco “alargado”.*<sup>23</sup>

Quanto aos efeitos do confisco sobre o direito de propriedade, diz-nos o autor João Conde Correia, que são, com o trânsito em julgado da decisão, a perda da propriedade e a sua transmissão para o Estado com eficácia real. Adianta-nos que só não será em casos como os recursos extraordinários de revisão de sentença condenatória pois que,

*“A perda é, assim, uma forma de aquisição derivada translativa, sendo o direito de propriedade do Estado sobre a coisa confiscada da mesma natureza e conteúdo do direito extinto.”*<sup>24</sup>

Acresce que sem estes mecanismos robustos dirigidos ao combate das vantagens obtidas pela criminalidade dita organizada e económica-financeira o estado pode estar a hipotecar o seu futuro a favor destas próprias organizações e consequentemente do próprio Estado de Direito. O autor José Santos Cabral dava-nos conta, no seu livro, destes riscos, através da leitura dos elementos do relatório de atividades da Europol, de 2005,<sup>25</sup> e do FMI, onde se estimava que,

*“(..)o lucro do crime organizado, seria assim de 1,3 biliões de Euros/ano na Alemanha; o volume de negócio em Espanha, relativo a actividades criminosas terá sido, no mesmo ano, de cerca de 1 bilião de Euros. Os bens, propriedade de sociedade de natureza parcial, ou totalmente criminosa, na Bélgica, ascendem a 1,5 biliões de Euros (..) dinheiro ligado à actividade criminal, situa-se entre os 590 e os 1.500 biliões de dólares, ou seja, 2 e 5% do PIB mundial. (...)”* Ou seja, havia um **“risco de emergência de Estados mafiosos, impondo uma lógica de Estado de Não Direito(...)”**

Se duvidas houvesse relativamente ao *quantum* dos lucros/vantagens das atividades criminosas ou que aqueles valores poderiam estar empolados nada como mensurar por dados concretos. Como nos diz o autor Paulo Marques,

---

<sup>23</sup> Duarte Alberto Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, op. cit. pág. 60-61

<sup>24</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pág. 79-80, sobre “os efeitos do confisco dos instrumentos ou produtos do crime”, mas para aquilo que nos importa também extensível às vantagens.

<sup>25</sup> José António Henriques Santos Cabral, “Uma Incursão pela Polícia”, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 11 a 17

*“O Regime Excepcional de Regularização Tributária (RERT), nas suas três versões de 2005, 2010 e 2011, respectivamente, consiste num regime legal específico para contribuintes singulares que, irregularmente, tenham colocado capitais fora do país (...) Esta terceira versão permitiu ao Estado português arrecadar 258,4 milhões de euros em impostos aplicados sobre patrimónios no valor de 3,4 mil milhões de euros que estavam anteriormente escondidos fora do país.”*<sup>26</sup>

Ciente desta realidade e perigosidade, reforçada por nos inserirmos num espaço económico alargado e sem fronteiras, a União Europeia tem vindo a aprovar instrumentos jurídicos direccionados à uniformização de procedimentos no território dos estados membros. Neste capítulo, a última produção, foi a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, e, como já referido, transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. O considerando n.º (5) da Diretiva realça a necessidade de haver regras comuns nos vários estados membros. Por sua vez no considerando n.º (1) é dito que para *“prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividade de natureza criminoso.”* Em momento prévio à transposição da Diretiva<sup>27</sup> o autor João Conde Correia<sup>28</sup> dizia-nos que,

*“As soluções consagradas na nova Diretiva, mesmo as mais polémicas (...) não significam, afinal, grandes alterações à lei portuguesa vigente(...).”* O principal obstáculo refere o autor é de passar da «*Law in books*» para uma «*Law in action*», ou seja, passar da teoria à prática.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Paulo Marques, *“A tributação de rendimentos ou actos ilícitos: A necessidade não conhece lei?”*, Revista do Sindicato do Ministério Público n.º 144, Outubro/Dezembro 2015, Lisboa, pág. 182

<sup>27</sup> O texto original da Diretiva 2014/42/UE, de 3 de Abril de 2014, estipulava que o prazo de transposição da mesma deveria ocorrer até 4 de outubro de 2015, mas através da Retificação à Diretiva publicada no JO, de 13 de Maio de 2014, L 138, pág. 114, o prazo passou para 4 de outubro de 2016.

<sup>28</sup> João Conde Correia, *“Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (...)”*, op. cit. pág. 112

<sup>29</sup> Idem, pág. 86-87

Por isso o ordenamento jurídico nacional tem vindo a definir como uma das suas prioridades, no quadro da política criminal<sup>30</sup>, a recuperação de ativos. Esta definição de prioridades não terá sido alheio ao impulso do legislador comunitário (através dos vários instrumentos jurídicos), bem como a conjuntura iniciada com uma crise financeira ao nível global (iniciada em meados de 2007 com a chamada crise do *subprime*) e, no caso particular de Portugal, com o pedido de ajuda ao Fundo Monetário Internacional em Abril de 2011. Apesar do sentimento favorável à recuperação de ativos não devemos ignorar o pensamento do Professor Augusto de Silva Dias. Apesar do contexto em que as palavras foram proferidas ser outro, em concreto, foram-no sobre o propósito da iniciativa legislativa de incriminar o “enriquecimento ilícito”, as mesmas encaixam no tema. Assim, diz-nos este autor que,

*“(..) a Constituição garante a todos o direito à propriedade privada (art.º 62.º n.º 1) e por isso possuir riqueza, declarada ou não, não pode constituir qua tale um facto ilícito seja de que natureza for.”*<sup>31</sup>

Por tudo o que dissemos concluímos que, o **direito de propriedade privada tem obrigatoriamente de ter proteção legal**. A sua inclusão na lei fundamental **não o transforma num direito absoluto**. Mas devemos estar atentos contra os possíveis abusos, como dizia Lopes Praça “*em Roma, na decadência do Império, era perigoso ser rico.*”<sup>32</sup> As conjunturas difíceis em cada momento histórico na sociedade não poderão ditar a violação da propriedade privada ao ponto de transformar ter riqueza num crime. Esta parece ser uma das fronteiras que o Estado não deverá ultrapassar sob pena de violar a dignidade da pessoa humana. A **recuperação de ativos confinada à defesa do estado de direito não está inviabilizada e recomenda-se**. Não podemos continuar a ser coniventes com o lucro do crime, as vantagens da prática de ilícitos, com o património adquirido à custa da violação das normas da sociedade, sob pena do Estado estar a pôr em causa a sua própria sobrevivência, o próprio Estado de Direito.

\*\*\*

---

<sup>30</sup> A **Lei n.º 72/2015**, de 20 de julho, biénio de 2015-2017, e mais recentemente a **Lei n.º 96/2017**, de 23 de Agosto, voltou a reafirmar as prioridades, desta feita para o biénio 2017-2019, onde continua a recuperação de ativos a ser uma das prioridades da política criminal.

<sup>31</sup> Augusto de Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*”, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 34

<sup>32</sup> Lopes Praça, “*Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*”, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral Editor, 1878, pág. 43, *apud*, João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit., pág. 31



## 1.2 A Recuperação de Ativos

O conceito “recuperação de ativos” nasceu em Portugal no dia 24 de junho de 2011<sup>33</sup> com a criação do Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA). Naturalmente que esta afirmação é proferida num tom marcadamente provocatório, a qual carece que se faça, desde já, uma pequena explicação. Em primeiro lugar, e que se conheça, continua a inexistir um conceito legal de recuperação de ativos à data de hoje na ordem jurídica interna. Em segundo lugar, apesar dessa inexistência, não temos dúvidas de que mesmo antes da criação deste gabinete já havia obviamente na lei penal substantiva e adjetiva meios para “recuperar ativos”. Ou, pelo menos, meios para efetuar aquilo que podemos subsumir na ideia de “recuperar ativos”, isto é, retirar as vantagens ilicitamente obtidas decorrentes da prática de infrações penais e declarar a respetiva perda a favor do Estado. Contudo, a recuperação de ativos fazia-se sem que houvesse claramente uma política comum ou uma consciência direcionada a combater as vantagens decorrentes da prática de crimes<sup>34</sup>. Porventura, muito por força de instrumentos legais de carácter *supra* nacional a que o Estado Português se vinculou ao longo dos anos, esta matéria entrou na ordem do dia. Por isso, mesmo antes de 2011, a “recuperação de ativos” já era vista como uma necessidade nos Estados de direito. Nesse sentido já previamente àquela data era possível ler em revistas jurídicas artigos dedicados ao tema, nomeadamente

---

<sup>33</sup> No dia 24 de junho de 2011 foi publicado em DR a Lei 45/2011 que criou o GRA e o Gabinete de Administração de Bens (GAB). Todavia, o GRA não iniciou logo atividade porquanto ficou dependente da publicação de uma Portaria que fixasse a sua composição e respetiva coordenação, nos termos do art.º 5.º n.º 2 daquele diploma. Em 3 de Setembro de 2012 foi publicada a Portaria n.º 269/2012 com aquele desiderato. Através do Despacho n.º 15497/2012 do Diretor Nacional da Polícia Judiciária, de 10 de Outubro, publicado na 2ª série do DR, em 5 de Dezembro, foram nomeados os elementos da PJ, AT e IRN para integrarem aquela estrutura inicial. Por sua vez o Coordenador do GRA foi nomeado através do Despacho n.º 14827/2012, da Ministra da Justiça, de 9 de Novembro, publicado na 2ª série do DR, em 20 de Novembro, com efeitos a 17 de Outubro. Podemos assim concluir que formalmente em meados de Outubro de 2012 o GRA iniciou atividade.

<sup>34</sup> Nesse sentido entendemos as palavras do autor João Conde Correia “*O legislador português – sem que disso, muitas vezes, haja clara consciência – cedo aderiu a este movimento quase universal. O Código Penal de 1982, ao contrário do Código anterior, regulou detalhadamente a perda dos instrumentos (art.º 107.º), dos produtos (art.º 107.º), das recompensas (art.º 109.º, n.º 1) e das vantagens (art.º 109.º, n.º 2) da prática do crime, incluindo a perda pelo valor correspondente (art.º 109.º, n.ºs 1 e 3), a perda de bens de terceiros (art.º 108) e, surpreendentemente, até a perda não baseada numa condenação (art.º 107.º, n.º 2). Desta forma, antecipando em décadas muitos dos problemas que o confisco atualmente enfrenta (v.g non conviction based confiscation), o legislador luso lançou as bases materiais para uma política criminal precursora, perene e audaciosa.*”, em “Gabinete de recuperação de ativos: a perda angular do sistema português de confisco”, op. cit. pág. 50.

“Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem”<sup>35</sup>. Este artigo, redigido a duas mãos por Euclides Dâmaso Simões e José Trindade, logo iniciava com um esclarecedor “*Nos Estados de Direito a questão da recuperação de activos está hoje na ordem do dia.*” Para este artigo o que estava em causa era “*(..) dar plena realização ao velho aforismo de que o “crime não compensa”.*” Para atingir aquele desiderato os autores adiantavam que se tornava imperioso atacar a questão patrimonial porque “*É por aí sobretudo e menos pela tradicional inflição de sanções limitativas da liberdade que se pretende afirmar a velha ideia de que o crime não compensa*”. Esta nova roupagem, à boleia do estabelecimento de um gabinete com essas competências, faz-nos lembrar a metáfora da mitologia grega da Fénix que renasce das suas cinzas. Esta equiparação simbólica faz ainda mais sentido se olharmos para a história da edificação do gabinete. Se é verdade que o gabinete nasce por imposição de obrigações comunitárias, não é menos verdade que o grupo de trabalho que levou à criação do referido normativo legal foi, nas palavras de Euclides Dâmaso Simões,<sup>36</sup>

“*(..)norteado pelas orientações ministeriais, densificadas pelas conclusões obtidas pela equipa do “**Projecto Fenix**”, liderado pela PGR, co-financiado pela União Europeia ao abrigo do programa comunitário “Prevenir e Combater a Criminalidade(..)”.*”

Nesse sentido estas matérias ligadas à recuperação de ativos como que renascem, entre nós, com a criação do próprio gabinete. Ganham uma nova vida para outros voos.

---

<sup>35</sup> Euclides Dâmaso Simões, e José Luís F. Trindade, “*Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*”, op. cit.

<sup>36</sup> Euclides Dâmaso Simões, “*A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)*”, Direito Contra-Ordenacional, Revista do CEJ, 2.º Semestre, N.º14, Almedina, 2010, pág.185. O GRA nasce não de uma vontade verdadeiramente autónoma e inovadora do legislador nacional, mas muito por força de obrigações comunitárias a que está vinculado pelos sucessivos tratados da União Europeia. De resto o legislador nacional não esconde que o que esteve por de trás da criação do GRA. Nesse sentido logo no n.º1 do art.º 1.º da Lei 45/2011 é dito que “*A presente lei procede à criação do Gabinete de Recuperação de Activos, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro(..)*”. Nos termos do n.º1 do art.º 8.º da referida Decisão Quadro com a epígrafe “Execução” “*Os Estados-Membros devem assegurar que estão aptos a cooperar plenamente, em conformidade com o disposto na presente decisão, até 18 de Dezembro de 2008*”, mais se adiantando no n.º 3 que se previa que “*Até 18 de Dezembro de 2010, o Conselho deve avaliar o cumprimento da presente decisão pelos Estados-Membros, com base num relatório elaborado pela Comissão*”. Como se pode constatar a lei que criou o GRA fê-lo tardiamente, relativamente às obrigações temporais a que estava sujeito.

A nomenclatura recuperação de ativos pode levar a que se questione o porquê da sua utilização. Qual o alcance, qual o sentido, o que abarca? Muitas questões podem ser colocadas a quem se inicia nesta área. Uma das perguntas que podemos colocar é “(..) *porquê utilizar a designação “recuperação de activos”?*”<sup>37</sup> Quem formulou esta pergunta dela tratou logo de dar resposta, no caso os autores **Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues**. Nas palavras destes é dito que,

*“(..)A justificação para tal circunstância é relativamente simples. Com efeito, o conceito de “recuperação” espelha uma certa função creditícia assumida pela actividade do Estado na formulação da perda de bens resultantes das vantagens do crime. possui a virtualidade de anunciar que os bens que integram o incremento patrimonial resultante da actividade criminosa pertencem à sociedade, não são do criminoso(..)Os bens são “recuperados” porque a titularidade legítima apenas é restabelecida com a declaração de perda.”*<sup>38</sup>

Por sua vez o autor **João Conde Correia** diz-nos que, por recuperação de ativos, devemos entender uma perspetiva ainda mais lata e que não coincide somente com o conceito de confisco ou de perda. Diz-nos que,

*“o conceito de recuperação de ativos não coincide com o conceito de confisco ou de perda, tendo um significado muito mais amplo e, ainda, pouco decantado. (..) No fundo, com esta expressão, designa-se todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime (fase que, entre nós, já é – e bem- confiada ao Gabinete de Administração de Bens).”*<sup>39</sup>

Para o autor **Eric Barin** parece resultar que a “recuperação de ativos” não se confina ou não se deverá confinar apenas dentro do direito penal. Diz-nos que,

*“pensa-se ser caminho irreversível a ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando àquilo que comumente se denomina recuperação de ativos. (..) Daí o incremento ou o alargamento dos mecanismos de*

---

<sup>37</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, Editorial Minerva, 2013, pág. 13

<sup>38</sup> Idem, pág. 13

<sup>39</sup> João Conde Correia, “Gabinete de recuperação de ativos: a perda angular do sistema português de confisco”, op.cit, pág. 48, nota de rodapé 1

*confisco ou perda, ou, numa denominação moderna mais abrangente, de recuperação de ativos.”*<sup>40</sup>

Como se pode ver as posições dos vários autores não parecem, sem mais, ser incompatíveis entre si. Concordam que a recuperação de ativos visa uma remoção das vantagens obtidas com a prática dos crimes. Para aqueles autores a expressão tem a virtualidade de colocar a sílaba tónica na ideia de “reconquistar” a propriedade ilicitamente obtida pelos infratores a favor do Estado (e dos legítimos proprietários). Para o autor João Conde Correia a recuperação de ativos não se esgota nesse objetivo - a perda dos proventos do crime - envolve, também, uma fase subsequente que se direciona a administrar os próprios bens. Por outro lado Eric Barin avança com a possibilidade da “recuperação de ativos” passar ainda por mecanismos extrapenais com vista à remoção do lucro obtido por uma certa criminalidade organizada.

O nosso entendimento nesta matéria é que as duas primeiras posições defendidas se complementam entre si. Por isso a expressão recuperação de ativos tem a virtualidade de trazer consigo um relógio de alarme que ao soar faz despertar para o problema as consciências apáticas existentes na sociedade. O velho aforismo “o crime não compensa” volta à ordem do dia e numa nova dimensão. Como diz o autor ***“porque o crime não é título aquisitivo de propriedade”***.<sup>41</sup> Nesse sentido a expressão “recuperação” assemelha-se a uma reconquista tal qual as reconquistas históricas. Trata-se de reconquistar a propriedade a alguém que se comporta como seu proprietário, mas que não tem legitimidade para o ser.

No ordenamento jurídico nacional o conceito de “recuperação de ativos” não passa por mecanismos extrapenais. Poder-se-á questionar a ausência de mecanismos legais de carácter não penal destinados a remover as vantagens sem justificação. Abstratamente admitimos que a “recuperação de ativos” possa passar por uma via não penal. Contudo, no direito português vigente o preenchimento do conceito, relativamente indefinido, de “recuperação de ativos” não passa por esses mecanismos não penais.

---

<sup>40</sup> Érico Fernando Barin, “*Alargar a Perda Alargada: O Projeto Fenix*”, op. cit. p. 55-56

<sup>41</sup> Hélio Rodrigues, “*O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco*”, 1.<sup>a</sup> edição “O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pág. 39

Por outro lado, concordamos com João Conde Correia quando diz que a recuperação de ativos não se esgota em si mesmo com a “perda” ou o “confisco”. Torna-se necessário que seja dado um destino útil aos ativos declarados perdidos a favor do Estado e que os mesmos sejam devolvidos à comunidade, à sociedade civil num crédito. Há claramente uma perspetiva económica que não se pode ignorar na recuperação de ativos. O combate à criminalidade consome recursos ao Estado por isso é de inteira justiça que todos nós, enquanto cidadãos, possamos exigir mais. Não é satisfatório que o trabalho se esgote no retirar os bens aos seus infratores e a fecha-los num qualquer armazém. Mesmo este desfecho continua a consumir recursos do Estado. Por isso o cidadão tem legitimidade para exigir que o Estado recupere os ativos a favor da própria sociedade, pondo-se fim a décadas de inoperância e gastar recursos inutilmente como por exemplo são os casos dos depósitos de veículos automóveis que o Estado tem a sua guarda. Felizmente parece que o Estado tomou finalmente um passo no sentido certo, no final de 2017, ao celebrar um protocolo tendo em vista que,

*“Os bens que tenham sido apreendidos, recuperados ou perdidos a favor do Estado no âmbito de processos-crime nacionais ou de cooperação judiciária internacional” possam “(..)passar a ser vendidos na internet, através da página de leilões online e-leilões.”*<sup>42</sup>

Face a esta nova “roupagem”, de um velho conceito, as Autoridades Judiciais têm vindo a dedicar-lhe mais atenção. Por isso, estamos em crer que entre nós a criação do GRA, operada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, trouxe em si o condão de despoletar ainda mais a preocupação de operacionalizar, de concretizar um desígnio que passa por retirar o aproveitamento que determinada criminalidade (que visa o lucro) procura obter. Nesse sentido cita-se novamente os autores Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade em que identificam que

*“Uma das características principais da criminalidade actual, especialmente da criminalidade organizada, é a sua vocação para gerar elevados proventos económicos.”*<sup>43</sup>

A construção de uma estrutura como o GRA constitui em si mesmo um marco<sup>44</sup> e um meio para alcançar esse objetivo, dando visibilidade a uma realidade que se espera que

---

<sup>42</sup> Conforme notícia consultada, em 14 de maio de 2018, no endereço <https://justica.gov.pt/Noticias/Bens-apreendidos-vao-ser-vendidos-online-no-portal-e-leiloesvao-ser-vendidos-online-no-portal-e-leiloes>

<sup>43</sup> Euclides Dâmaso Simões, e José Luís F. Trindade, “ *Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*” op. cit. pág. 1

seja de combate ao fenómeno que estava e está presente no quotidiano criminal nos mais diversos ilícitos cometidos, mas, combate esse, que era visto como uma atividade secundária face ao apuramento da responsabilidade jurídico-penal dos agentes dos ilícitos. Dessa forma passou a existir uma referência, a qual tem vindo a crescer de importância, em parte, também, por passar a constar das prioridades da política criminal definidas para os biénios 2015-2017 e 2017-2019 <sup>45</sup>. A luta que se trava passou a ter uma nomenclatura própria – a recuperação de ativos. Poder-se-á discutir se o GRA, no seu modo de atuação fica aquém daquilo que o legislador pretendeu quando legislou.<sup>46</sup> Poder-se-á, também, discutir se essa mesma atuação na prática tem-se traduzido em resultados positivos. Mas uma ideia temos para nós que é que a criação do gabinete personifica a luta que, a sociedade civil, através dos seus operadores, procura fazer à referida criminalidade e na chamada recuperação de ativos.

Acima expusemos, em traços gerais, algumas ideias sobre o conceito de recuperação de ativos. Mas em que consiste exatamente a recuperação de ativos? A lei criou o GRA, mas não definiu o que consiste essa mesma atividade. Quais os limites,

---

<sup>44</sup> Nesse mesmo sentido, de se considerar o GRA uma ferramenta importante no combate às vantagens decorrentes da prática de crimes, cita-se novamente Euclides Dâmaso Simões naquele artigo que se pronuncia sobre a proposta de Lei sobre a criação do GRA e com o título sugestivo “*A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)*”, op. cit.

<sup>45</sup> Na Lei n.º 72/2015, de 20 de julho, definiram-se os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2015-2017, em conformidade com a obrigação decorrente da Lei-Quadro da Política Criminal - Lei n.º 17/2006, de 23 de maio-. De acordo com as prioridades para aquele biénio constava uma no art.º 12.º, com a epígrafe “Recuperação de Ativos”. Ai é determinado que é prioritário a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes a desenvolver pelo GRA. Na Lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto, definiram-se as prioridades para o biénio 2017-2019, sendo novamente reafirmado nesta que a recuperação de ativos continua a ser uma das prioridades da política criminal, art.º 16.º.

<sup>46</sup> A este propósito parece-nos que faz sentido chamar à colação a exposição de motivos do projeto de Lei n.º 623/XI/2ª, e que deu origem ao Decreto da Assembleia da República n.º 114/XI, e posteriormente à própria Lei 45/2011, de 24 de junho (Lei que criou o GRA), que diz “A presente lei contribui, por um lado, para evitar e **detectar situações de branqueamento de capitais** uma vez que ao promover a recuperação de activos, os delinquentes são privados do lucro ilicitamente obtido e dos bens por si adquiridos com o produto gerado pelas actividades ilícitas. Por outro lado, contribui decisivamente para combater a criminalidade grave e organizada, que depende, em grande medida, das suas fontes de financiamento. Ao perseguir-se não só o criminoso mas também os bens relacionados com o crime, está a privar-se esta criminalidade do acesso aos meios que lhe permitiriam a prossecução da actividade.” Ora a parte da citação em negrito foi por nós colocada porque o GRA no seu modo de atuação não investiga o crime de branqueamento de capitais, pelo menos diretamente. O que pode levar a questionar se este modo de atuação não fica aquém do que se visava alcançar quando na exposição de motivos se deu eco a esse desiderato? Deixamos a pergunta.

quais os meios, o que envolve ao certo? Ora todas estas e outras questões que se possam fazer envolvem repensar muitas das matérias que dávamos por certas. Nomeadamente, será que existe alguma figura legal no âmbito penal da recuperação de ativos da “inversão do ónus da prova”? Aqui estamos certos que só o facto de se escrever na mesma frase “inversão do ónus da prova em direito penal” dá lugar a que haja imediatamente a evocação de inconstitucionalidades. Nesse mesmo sentido de constatar que o panorama jurídico nacional encara com estupefação uma figura de inversão do ónus da prova no direito penal dá-nos conta Jorge Godinho com o seu trabalho “*Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro, Artigos 1.º e 7.º a 12.º)*.”<sup>47</sup> Esta matéria da recuperação de ativos assume, nas palavras de João Conde Correia, um significado muito amplo e pouco decantado.<sup>48</sup> Por isso, perguntamos nós, será que a recuperação de ativos visa só as vantagens (*Fructum Sceleris*) ou passa também pelos instrumentos (*Instrumentum sceleris*) e produtos (*Objectum sceleris*) do crime? Sobre a distinção destas várias figuras, bem como dos múltiplos regimes existentes destinados a declarar a perda dos mesmos voltaremos a falar mais à frente.

---

<sup>47</sup> Jorge Godinho, “*Brandos Costumes*” op. cit. pág 1315. Neste trabalho adianta o autor que o título constitui “(.) uma provocação ou um clamoroso erro: como vem ensinando a doutrina (..) ónus da prova é coisa que em matéria penal de todo não existe;”. Todavia, a verdade é que existe desde 2002 um mecanismo que opera uma inversão. Inversão essa que não é pura, mas que se dá no âmbito do direito penal relativamente à recuperação de ativos. Como adianta aquele autor relativamente a matérias de direito penal adjetivo “*Este modo de conceber o processo penal foi porém afastado no âmbito do novo regime especial de «perda de bens» a favor do Estado – que preferimos designar «confisco» -, uma das inovações trazidas pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (arts. 1.º e 7.º a 12.º). Este diploma introduziu no ordenamento jurídico português, para efeito de confisco penal, uma presunção de origem ilícita de certos bens identificados pela acusação e, em consequência, atribui ao arguido o ónus da prova do contrário. As razões invocadas pelo legislador para a consagração desta solução partem da constatação da dificuldade, sentida em muitos casos, de provar a origem dos bens que o Estado pretende confiscar.*” Diga-se ainda que interpretamos que a estupefação deste regime atinge o próprio autor quando o mesmo afirma “*De acordo com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, a solução para o problema consiste pura e simplesmente na supressão da necessidade de tal prova, desta forma se atingindo a visada eficácia na aplicação da lei – que seja o arguido a provar a origem lícita dos bens!*”. Voltaremos posteriormente a esta figura quando falarmos novamente da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, mas diga-se que em 2018, 16 anos volvidos sobre a aprovação do referido regime, é normal que hoje se encare com uma maior naturalidade o que à data terá sido visto como uma afronta aos princípios mais básicos constitucionalmente consagrados no âmbito do direito penal. Não queremos com isto pôr em causa as preocupações do autor, mas tendo aquele trabalho sido publicado em 2003, um escasso ano após a aprovação da Lei 5/2002, seria perfeitamente normal que o regime precisasse de amadurecer para que o espírito dos seus intérpretes e aplicadores tivesse maior acolhimento. Não se quer com isto dizer que o regime é perfeito e isento de críticas.

<sup>48</sup> João Conde Correia, “*Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*”, op. cit. pág. 48 nota de rodapé n.º 1.

Por outro lado, será que recuperação de ativos é somente aplicável aos crimes ou será que podemos ainda falar desta figura quando estamos perante um facto ilícito típico, mas não culposo? A resposta depende do regime jurídico que estiver na base para se declarar a “perda”. Há regimes que se bastam com um facto ilícito típico e outros que não dispensam que tenha havido uma condenação por um crime.

Acima vimos que a **recuperação de ativos** não se confina somente no “**confisco**” e na “**perda**”. E o que será que devemos entender por “confisco” e por “perda”? Será que podemos utilizar estas duas últimas expressões como sinónimos? O entendimento do autor Pedro Caeiro quanto a esta última questão é afirmativa. Diz-nos que,

*“Em nossa opinião, as expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” exprimem adequadamente a mesma noção e podem, por isso ser usadas indistintamente.”*<sup>49</sup>.

Dito isto, o presente trabalho usará ambos os termos como sinónimos. Cientes de que o termo “*confisco*”<sup>50</sup> tem ainda associada uma grande carga negativa. De resto em que consiste exatamente essa “perda” ou esse “confisco”. Nas palavras do mesmo autor, Pedro Caeiro entende que,

*“Por “perda” ou “confisco”, entendemos as medidas jure imperii que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionistas que sobre eles incidissem, bem*

---

<sup>49</sup> Pedro Caeiro, “Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade rediticia (em especial os procedimentos de confisco In Rem e a criminalização do Enriquecimento Ilícito)”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 2 (Abril-Junho 2011), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 270, nota de rodapé 2”;

<sup>50</sup> Em diversos escritos podemos verificar que o vocábulo “confisco” tem uma conotação negativa, associada à sua história. Para uma perspectiva histórica do “confisco” consultar a obra de João Conde Correia, nomeadamente “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia ) No Direito Português Vigente”, op. cit. pág. 85. Ai diz-nos este autor que “Nos séculos XVIII e XIX, na sequência do pensamento moderno-iluminista, ocorreu por toda a Europa uma proibição constitucional generalizada do confisco (v.g. as Constituições francesa, espanhola e portuguesa). Para além de violar o direito de propriedade (essencial para a burguesia, então, emergente), ele violava, também, o princípio da intransmissibilidade das penas, sendo inadmissível enquanto sanção criminal.” Este sentimento negativo relativo ao “confisco” é também reportado por Jorge Godinho, “Brandos Costumes”, op. cit. pág. 1355-1356, quando nos diz que “O confisco geral é um instituto cuja longa história mergulha as suas raízes no direito romano e que é ou foi usado em virtualmente todos os sistemas jurídicos, até à sua abolição na sequência das revoluções liberais; a sua eliminação do catálogo das reações penais deveu-se ao facto de se estender os seus efeitos à família do condenado.



*como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objecto (v.g, a posse)”.*<sup>51</sup>

Nesta definição de “perda” e/ou “confisco”, que na perspetiva deste autor são sinónimos, vemos uma definição suficientemente vasta ao ponto de se poder incluir nela a perda dos próprios instrumentos e dos produtos dos crimes e não se limitar à perda das vantagens. Aliás a referida definição é suficientemente abrangente ao ponto de nela se poder incluir condutas ilícitas típicas.

Estas são algumas das questões que surgem relacionadas com o tema recuperação de ativos. Torna-se, por vezes, difícil limitar e destrinçar conceitos e separá-los. Porém este trabalho impõe que se tome posição sobre as questões. Nesse sentido a nossa conclusão é de que a recuperação de ativos, enquanto conceito, surge normalmente associada à ideia de retirar as vantagens aos infratores, independentemente do regime substantivo que preveja a perda dos *Fructum Sceleris*. A recuperação de ativos assume-se como uma **ferramenta ao serviço da política criminal**<sup>52</sup> do país **para demonstrar que o aforismo “o crime não compensa” prevaleça**. Podemos definir esta premissa como a trave mestra da recuperação de ativos, demonstrar que a criminalidade não dê lucro, portanto, que não dê vantagens. Em caso de obtenção de vantagens as mesmas deverão ser expurgadas aos delinquentes. Depois, para além desta ideia central, outras noções podem ser incluídas numa ideia em sentido *lato* de recuperação de ativos, como seja os próprios instrumentos ou produtos, passando ainda pela fase de administração desses mesmos bens. Para além deste conceito alargado de recuperação de ativos, acima demos conta de que há autores que falam do recurso a mecanismos extrapenais para se proceder à recuperação de ativos. Em Portugal a recuperação de ativos não se faz por esta via pelo facto dos mecanismos estarem todos inseridos numa lógica penal. Contudo, não excluimos essa opção como válida. Por ora a conclusão é que a recuperação de ativos visa primariamente combater as vantagens ilicitamente obtidas.

\*\*\*

---

<sup>51</sup> Pedro Caeiro, “*Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (..)*”, op. cit. pág. 269. Contra o entendimento do confisco como manifestação do *Ius Imperium* Hélio Rodrigues, “*O confisco das vantagens do crime: (..)*” op. cit. pág. 47-48.

<sup>52</sup> Para uma visão análoga vide Pedro Caeiro, “*O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia*”, 1.ª edição “*O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, nomeadamente o título da introdução “*o confisco como instrumento de política criminal*”, pág. 21

### 1.3 Objetivos da Recuperação de Ativos

Como acima se disse o conceito de recuperação de ativos não está verdadeiramente delimitado, mas para entendermos o seu alcance teremos necessariamente de falar das figuras do “confisco” e da “perda”. É incontornável falar sobre recuperação de ativos e não se abordar a “perda” ou “confisco”. A este propósito Pedro Caeiro constrói a noção de “perda” e “confisco” de forma que, entendemos nós, inclui matérias como a perda dos instrumentos e dos produtos do crime, além das próprias vantagens. Entendimento este que sufragamos por também incluirmos na ideia de “confisco” e de “perda” quer os instrumentos, quer os produtos assim como as próprias vantagens do crime. Mais dissemos que concordávamos com João Conde Correia quando este definiu a recuperação de ativos como uma realidade mais vasta do que o próprio “confisco” ou a “perda”. E se assim é, dentro do conceito de recuperação de ativos deveriam estar também a perda dos instrumentos e dos produtos do crime. Porém, tal conceção parece esbarrar contra a tónica prevalente da recuperação de ativos direcionada à perda das vantagens do crime. Porque os instrumentos do crime pouco ou nada traduzem num incremento na esfera patrimonial de quem cometeu os ilícitos. Idêntico raciocínio parece ser ainda aplicável ao confisco dos produtos do crime. Para nós a noção que subjaz à recuperação de ativos é uma lógica de confiscar as vantagens do crime. Indelével é que na noção de recuperação de ativos está obrigatoriamente a perda das vantagens do crime. Quanto ao mais, a recuperação de ativos pode também passar pelas figuras do confisco dos instrumentos e dos produtos. Nesse sentido parece ser de interpretar, aparentemente, o autor Euclides Dâmaso Simões quando nos diz que a repressão da criminalidade socialmente mais danosa que busca o lucro,

*“(..)não ultrapassará a fase platónica se não se voltar para a recuperação de activos, isto é, dos instrumentos com que foi cometida a infração (quando tenham significado económico relevante) e para os bens e produtos por ele gerados”<sup>53</sup>.*

Ora daqui extraímos que a recuperação de ativos abarca, na visão deste autor, também, o “confisco” dos instrumentos e dos produtos do crime, mas não será essa a finalidade, pelo menos principal, na conceção de recuperação de ativos, já que, diz-nos ele e a generalidade da restante doutrina, a tónica está no “asfixiamento económico”, num

---

<sup>53</sup> Euclides Dâmaso Simões, “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)”, op. cit. pág. 184

colocar o criminoso na situação prévia, em termos económicos, ao cometimento do crime. Por isso será lógico que a recuperação de ativos seja vista como especialmente direcionada a confiscar as vantagens do crime. Ora se é verdade que o autor acima fala da recuperação de ativos de um modo alargado, nela incluindo os *instrumentos, bens e produtos*, a verdade é que quando identifica os **três objetivos** do confisco está a falar dos objetivos da recuperação de ativos quanto às vantagens do crime. Diz o autor que,

*“praticamente cimentada está, pois, a ideia de que a perda ou confisco serve três objetivos: (i) o de acentuar os intuitos de **prevenção geral e especial, através da demonstração de que o crime não compensa**; (ii) o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização de vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime; (iii) e o de reduzir os riscos de **concorrência desleal** no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas actividades empresariais.”*<sup>54</sup>

Pelo exposto, quando Euclides Dâmaso Simões se reporta aos objetivos do confisco, interpretamos, como sendo os objetivos gizados pela recuperação de ativos quanto às vantagens do crime.

Para nós os **objetivos** prosseguidos pelo confisco dos **instrumentos e dos produtos** das infrações penais são outros que não aqueles três e que passarão pela remoção dos objetos da sociedade **fruto da sua perigosidade** (embora este entendimento face à Lei n.º 30/2017, não seja totalmente correto. A alteração da redação relativa à perda dos produtos, art.º 110 do CP, veio prescindir do elemento perigo para que os produtos possam ser declarados perdidos. Mais adiante abordaremos novamente esta matéria).

A **recuperação de ativos** em sentido estrito **associa-se mais à investigação financeira e patrimonial** (investigação essa de que falaremos mais adiante) do que à investigação criminal, especialmente se estivermos a pensar na modalidade da perda alargada prevista na Lei 5/2002. Nos demais regimes de “confisco” a perda assenta na demonstração do nexos causal entre o facto ilícito e a dita vantagem ao contrário da perda alargada que prescinde a demonstração da conexão. Chamámos à colação a investigação financeira e patrimonial para estabelecer um paralelismo que nos parece útil. O autor Hélio Rigor Rodrigues, referindo-se àquela investigação, diz-nos que a mesma comporta quatro finalidades essenciais. E ao identificar as referidas finalidades

---

<sup>54</sup> Idem, pág. 184-185

verificamos que três delas correspondem aos três objetivos acima mencionados por Euclides Dâmaso Simões. Dito de outro modo, Hélio Rigor Rodrigues<sup>55</sup> reconhece como finalidades essenciais da investigação financeira ou patrimonial as mesmas (e mais uma) que foram identificadas por Euclides Dâmaso Simões a propósito da recuperação de ativos. Diz Hélio Rigor Rodrigues que é possível,

*“identificar na investigação patrimonial ou financeira quatro finalidades essenciais. (...) Em primeiro lugar, a perda das vantagens visa assegurar que o crime não compensa, garantindo que o infrator não beneficia economicamente da sua prática. Depois, assume importância nuclear no objetivo de garantir que os proveitos da actividade económica não são reinvestidos na prática de novos factos ilícitos típicos, e por fim tem ainda como desiderato evitar que a acumulação de riqueza nas mãos dos criminosos possa desvirtuar as regras de concorrência do mercado, através de investimentos em actividades empresariais lícitas.”*

Estas três finalidades, identificadas para a investigação financeira e patrimonial, são iguais aos três objetivos referidos por Euclides Dâmaso Simões. Todavia, aquele autor identifica uma quarta finalidade para a investigação e que é,

*“(..)assegurar que os objetos ou instrumentos perigosos (ou contaminados com a infração) são afastados da sociedade.”.*

Daqui estamos em crer que o uso do termo “confisco”, por parte de Euclides Dâmaso Simões, quando enumera os **três objetivos** prosseguidos por aquela figura, deve ser interpretado como os objetivos para a recuperação de ativos, mas em sentido estrito, ou seja, direcionado à vertente da **“perda” das vantagens (e não aos instrumentos e respetivos produtos do crime)**. Para esta leitura muito contribuiu o autor Hélio Rigor Rodrigues quando enunciou uma quarta finalidade essencial para a investigação financeira e patrimonial. Como referido este autor diz-nos que a perda dos instrumentos do crime visa um objetivo próprio que é a remoção dos objetos perigosos

---

<sup>55</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”, Revista do CEJ, N.º 1 (1.º Semestre 2013), Coimbra, Edições Almedina, 2013, pág. 66

da sociedade. Pelo que, quanto a esta finalidade, não estamos verdadeiramente na situação de evitar que o crime compense, ou de evitar o reinvestimento em novos crimes ou de evitar situações de concorrência desleal.

Com este paralelismo procuramos delimitar o que se deve entender como sendo os **objetivos essenciais da recuperação de ativos** ou objetivos essenciais da recuperação de ativos num **sentido mais estrito**. E para nós os objetivos são os três identificados por Euclides Dâmaso Simões os quais são também referidos como finalidades essenciais da investigação financeira e patrimonial por Hélio Rigor Rodrigues. Quanto à finalidade da investigação que passa pela remoção dos instrumentos do crime poderá ser ainda acrescida aos objetivos da atividade de recuperação de ativos, mas quando interpretado num sentido amplo. A inclusão desta finalidade - remoção dos objetos perigosos da sociedade – como objetivo próprio da recuperação de ativos ultrapassa o desiderato de “asfixiar economicamente” o agente do crime, removendo as vantagens patrimoniais que este possa ter obtido com as infrações cometidas. Como veremos, quando avançarmos sobre o conceito a dar à investigação financeira e patrimonial, a remoção dos instrumentos e produtos do crime pode passar por aquele tipo de investigação. Porém, é nosso entendimento que, a remoção destas figuras terá de ser prosseguida primariamente como uma tarefa da própria investigação criminal. Dessa forma a recuperação de ativos embora possa passar, também, pelo confisco dos instrumentos e produtos do crime, diremos que quando pensamos nos objetivos prosseguidos o que verdadeiramente está na mente é a remoção das vantagens do crime. Admitimos que não seja consensual o entendimento agora perfilhado, mas estamos certos que se fosse feita uma tentativa para determinar conceptualmente os objetivos da “recuperação de ativos” não teríamos dúvidas que o “confisco” das vantagens do crime apareceriam sempre, porque só com a remoção das mesmas se atingirá os referidos objetivos/finalidades essenciais que são; demonstrar que “o crime não compensa”; evitar o reinvestimento das vantagens para a prática de novos crimes e de evitar ainda os riscos inerentes de uma concorrência desleal. A perda dos instrumentos e dos produtos do crime pode ser tarefa efetuada ainda no âmbito da recuperação de ativos, mas pensa-se que a título meramente acessório e não principal.

\*\*\*

#### 1.4 A Recuperação de Ativos e as medidas de combate ao lucro ilícito (medidas incriminadoras ou consequências jurídicas do crime)

Nos objetivos que são possíveis atribuir à recuperação de ativos *supra* admitimos uma certa interpretação em sentido *lato* de modo também a incluir o confisco dos instrumentos e produtos do crime<sup>56</sup>. Desconsiderando esta vertente da recuperação de ativos e centrando-nos na recuperação de ativos e nas medidas de combate ao lucro ilícito importa revelar a distinção que é comumente feita por vários autores. Passando por Augusto Silva Dias, João Conde Correia, Paulo Silva Marques todos eles distinguem dois grupos de medidas direcionadas ao combate ao lucro ilícito e que podem ser apelidadas, por um lado, por medidas que passam pela incriminação (direta ou indireta), e, por outro lado, por medidas que se centram nas consequências jurídicas do crime.

Grosso modo todos aqueles autores fazem a distinção entre as medidas que criminalizam o lucro *per se* das medidas que retiram consequências jurídicas sobre o lucro injustificado obtido da prática de ilícitos (que não criminalizam a simples conduta de ter um lucro/vantagem injustificado(a)). O autor Augusto Silva Dias opera a distinção naqueles termos, mas na ótica do “(..) *elenco das medidas que formam a estratégia de combate ao crime organizado*.”<sup>57</sup> A distinção faz-se portanto no domínio de uma criminalidade organizada que procura o lucro ilícito. Este autor por fazer a distinção no quadro da criminalidade dita organizada quando desenvolve as medidas que atuam ao nível da consequência jurídica omite a perda das vantagens prevista no Código Penal, embora na definição inicial apresentada as mesmas pudessem subsumir-se como fazendo parte. Assim, diz-nos este autor que,

*“(..) As primeiras consistem na criação específica de um crime de enriquecimento injustificado e na punição desta forma de enriquecimento através de uma certa concepção do crime de branqueamento de capitais. As segundas traduzem-se na aplicação de uma pena de multa pelo valor ou pela multiplicação do valor do lucro*

---

<sup>56</sup> Crime neste contexto é usado em sentido de facto ilícito típico prescindindo-se do elemento culpa como veremos seguidamente.

<sup>57</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*”, op. cit. pág.32

*auferido com a prática do crime e no confisco dos lucros provenientes da actividade criminosa.”*

O autor Paulo Silva Dias segue de perto a distinção feita por Augusto Silva Dias e, na publicação sobre “o confisco ampliado no direito penal Português”<sup>58</sup>, diz-nos que,

*“(..) a actual realidade social (..) pondo em causa, desta forma, o próprio Estado de Direito Democrático. (..) com o dealbar da globalização, (..) os delitos do paradigma clássico do sistema penal perdem espaço focando-se atenções, (..) em novas formas de criminalidade, maxime a criminalidade organizada e a criminalidade económico-financeira.”*. Procede depois à distinção das medidas *“(..) para o combate a estas práticas delituosas (..) as que passam pela incriminação direta ou indirecta do enriquecimento ou lucro injustificado e as que se concentram no plano das consequências jurídicas.”*.

Por sua vez João Conde Correia<sup>59</sup> procede à distinção nos moldes preconizados por aqueles autores, mas dá-lhe um espectro maior. Procede à distinção daqueles dois grupos de medidas só que no âmbito do confisco (nele incluindo aparentemente também a perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime previstas no Código Penal) não circunscreve à criminalidade organizada (pese embora antes de proceder à referida distinção haja referências à criminalidade organizada que busca o lucro). Além de incluir ao nível das consequências jurídicas do crime o regime de perda previsto no código penal, este autor inclui ainda outras figuras dentro das medidas de ilicitude material.

Esta posição da doutrina coarta qualquer entendimento que se tenha sobre a recuperação de ativos como uma terceira via autónoma das medidas acima identificadas e que opera num nível distinto da ilicitude material ou das consequências jurídicas. **A recuperação de ativos** é um conceito, uma atividade, que **terá de socorrer-se dos mecanismos existentes ao nível das medidas**, ou, que atuam ao nível da ilicitude

---

<sup>58</sup> Paulo Silva Marques, “*O Confisco ampliado no direito penal português*”, Revista Lusíada. Direito, Série II, n.º 10, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012, pág. 293

<sup>59</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit. pág. 40- 53.

material, ou, que atuam ao nível das consequências jurídicas para alcançar as suas próprias finalidades (as quais referimos *supra*).

Feita esta ressalva, bem como a apresentação inicial das posições doutrinárias importa densificar os mecanismos insertos em cada uma das medidas enunciados pelos autores e ver da compatibilidade com a recuperação de ativos.

Augusto Silva Dias refere-se ao “enriquecimento injustificado” como integrando o grupo das medidas que passam pela incriminação direta, identificando, ao nível da incriminação indireta, o “branqueamento de capitais”. Por sua vez enumera como fazendo parte integrante das medidas que atuam ao nível das consequências jurídicas do crime a multa e o confisco ampliado. Este autor desde logo a propósito do primeiro mecanismo mencionado - enriquecimento injustificado – diz-nos que há um progressivo alargamento do conceito de lucro e que por isso importa proceder à distinção de “lucro ilícito” de “lucro injustificado” e de resto só este lucro integra a figura de “enriquecimento injustificado”. Resume,

*“É que enquanto o lucro ilícito é composto pelos ganhos que se prova em juízo resultarem da prática de um crime, o enriquecimento injustificado é composto pelas vantagens cuja proveniência o arguido não explica de todo ou não explica satisfatoriamente”.*

Entre nós esta incriminação, do enriquecimento ilícito/injustificado, não chegou a concretizar-se por questões constitucionais, pese embora tenha dado início a várias iniciativas legislativas para criminalizar a conduta<sup>60</sup>. Em síntese, este autor entendia que a punição violava o princípio da presunção da inocência, já que,

---

<sup>60</sup> O acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012, do Tribunal Constitucional veio pôr fim à tentativa de criminalização do “enriquecimento ilícito, Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República. Como nos dá conta João Conde Correia, em nota de rodapé, n.º 40, pág. 44, in “Da proibição do confisco à perda alargada”, “O TC baseou o seu juízo de inconstitucionalidade na inexistência de um bem jurídico claramente definindo (a finalidade da incriminação seria punir crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito), no carácter indeterminado do tipo legal proposto, que não permite a identificação da ação ou omissão proibida (violando a exigência de determinação típica do art.º 29.º, n.º 1, da Constituição), e na violação da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Previamente a esta iniciativa outras houveram, mas que não chegaram a ser aprovadas na AR. Delas nos dá conta Augusto de Silva Dias, nomeadamente o projeto Lei n.º 374/X que votado na generalidade em plenário, de 19/4/2007, foi rejeitado com votos contra do PS. Igual sorte mereceu o projeto Lei n.º 726/X-4.<sup>a</sup>, da iniciativa do grupo parlamentar do PCP, em 23/4/2009, igualmente com votos contra do PS. Vários outros projetos existiram depois destes dois referidos da autoria dos vários grupos parlamentares e que aprovados na AR vieram dar origem ao Decreto n.º 37/XII acima referido e que a instâncias do Presidente da República veio o TC se pronunciar pela inconstitucionalidade.



*“o fundamento da condenação reside, pois, na combinação da presunção de proveniência criminosa dos ganhos e da incapacidade ou dificuldade de o arguido a ilidir (...) Trata-se, como é bom de ver, de um fundamento que colide frontalmente com a presunção de inocência e os seus corolários.”<sup>61</sup>.*

Por sua vez o autor João Conde Correia, apesar de não ser tão contundente nas críticas à tentativa de criminalização da conduta de “enriquecimento ilícito”, depreende-se das suas palavras que tal criação legislativa só iria contribuir para a existência de problemas no ordenamento jurídico nacional. Diz-nos ele que em virtude da existência do regime do confisco alargado<sup>62</sup> em simultâneo com aquele tipo legal de crime iria provocar um esvaziamento daquele instituto,

*“Os dois mecanismos tinham um amplo campo de sobreposição que, aparentemente, o legislador ignorou ou então desprezou e poderia gerar graves problemas de articulação.”*

Depois do Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 179/2012, ter vetado o Decreto n.º 37/XII, a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 369/XII o qual visava a criação do ilícito penal, desta feita denominado de “Enriquecimento injustificado”, por contraposição ao “Enriquecimento ilícito”. Todavia, tal iniciativa mereceu igual sorte que a anterior sendo vetado novamente pelo Tribunal Constitucional, através do acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Desconhece-se, na atualidade mais recente, qualquer proposta em concreto que esteja em discussão na assembleia da república com o objetivo de reintroduzir a criminalização daquela conduta pese embora ciclicamente o tema apareça nos órgãos da comunicação social. As críticas feitas no acórdão do TC - falta de um bem jurídico claramente definindo; identificação da ação ou omissão proibida e na violação da presunção de inocência – puseram travão às várias iniciativas que se iam registando na assembleia da república. Contudo, por força dos casos mediáticos mais recentes na justiça Portuguesa e que envolvem políticos e ex-governantes soube-se da existência de iniciativas embrionárias novamente neste domínio e que passam por criminalizar desta

---

<sup>61</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*”, op. cit. pág.35

<sup>62</sup> O autor reporta-se ao confisco alargado como o regime especial instituído de perda de bens previsto nos artigos 7.ºss da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, de que falaremos mais adiante neste trabalho.

feita o “*enriquecimento não declarado*”.<sup>63</sup> Ou seja, depois das iniciativas legislativas de criminalizar o “enriquecimento ilícito” e o “enriquecimento injustificado” saírem frustradas tomamos conhecimentos da existência da vontade de alguns grupos partidários do sistema político nacional de trazer para a agenda parlamentar a criminalização do chamado “*enriquecimento não declarado*”. Neste momento, que se saiba inexistia ainda uma proposta concreta sobre esta nova iniciativa pelo que a nível nacional a recuperação de ativos continua a não passar pelo uso de nenhum destes mecanismos de criminalizar diretamente o enriquecimento seja ele denominado de ilícito, injustificado ou não declarado.

À parte da figura do enriquecimento ilícito Augusto Silva Dias enuncia o crime de “branqueamento de capitais” como integrado no grupo de medidas que passam pela incriminação indireta do lucro/enriquecimento injustificado. Nas palavras do autor este crime constitui,

*“Outra forma, desta feita indireta, mas não menos controversa, de incriminar o enriquecimento injustificado tem lugar através de uma certa interpretação do crime de branqueamento de capitais (...) que dispensa a comprovação de aspectos essenciais do ilícito-típico principal ou precedente. Tal interpretação insere-se numa estratégia político-criminal mais vasta de transformar o branqueamento em objetivo principal da perseguição penal, em detrimento do ilícito-típico precedente.”* Porém conclui este autor que na realidade o branqueamento de capitais “(...) não pode funcionar como forma de punição do enriquecimento injustificado: a sua punibilidade depende da prévia comprovação objetiva da proveniência criminosa das somas de dinheiro que se pretendem branquear.”<sup>64</sup>

Se bem entendemos a posição sufragada por este autor o branqueamento de capitais atua a jusante relativamente ao lucro ilícito obtido pela prática de uma outra infração penal prévia. O combate ao lucro ilicitamente obtido deve ser feito a montante do crime de

---

<sup>63</sup> Notícia do jornal semanário “Expresso”, edição de 12 de maio de 2018, n.º 2376, com o título “Corrupção e transparência” e subtítulo “PSD descoordenado sobre enriquecimento ilícito”, de Filipe Santos Costa e Mariana Lima Cunha, pág. 12.

<sup>64</sup> O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico nacional está previsto no art.º 368-A do Código Penal. A redação mais recente foi dada pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpondo parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

branqueamento de capitais com a punição do crime que conferiu essas vantagens. Diz-nos assim,

*“O que é punido através do crime de branqueamento é, isso sim, a conversão, transferência, ocultação ou dissimulação de lucro comprovadamente ilícito.”*<sup>65</sup>

Concluimos que para este autor o crime de branqueamento de capitais não constitui em si mesmo uma medida que atua como norma incriminadora relativamente ao lucro ilícito.

Paulo Silva Marques diz-nos que dentro das medidas que incriminam indiretamente o lucro injustificado está o branqueamento de capitais se interpretado no sentido,

*“(..)que passa pela dispensa de comprovação judicial de aspectos fundamentais do ilícito típico precedente, bastando a suspeita quanto à proveniência criminosa dos fundos, para que se possam punir os agentes de branqueamento relativamente a esses mesmos fundos.”*<sup>66</sup>.

João Conde Correia integra também o crime de branqueamento de capitais nas medidas baseadas na ilicitude material direcionadas ao confisco do lucro ilícito e aparentemente sem as ressalvas de Augusto Silva Dias. Para tal, aquele autor fundamenta-se com Jorge Godinho, o qual trazemos agora à colação. Assim, diz-nos este autor que,

*“Concretamente, a criminalização do branqueamento de capitais é um novo meio de atingir o fim que é o confisco dos lucros do crime. O bem jurídico que se tutela é a ideia de que o crime não deve compensar ou, mais concretamente, os crimes geradores de lucros, não devem compensar e, para tal, é ilícita a dissimulação dos respetivos proventos.”*<sup>67</sup> Para João Conde Correia *“O primeiro grande instrumento hodierno de índole material dirigido para a concretização deste imperativo jurídico é a punição o branqueamento de capitais (..)”*.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Augusto Silva Dias, *“Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito”*, op. cit. pág. 35 e 36

<sup>66</sup> Paulo Silva Marques, *“O Confisco ampliado no direito penal português”*, op. cit. pág. 296;

<sup>67</sup> Jorge Alexandre Fernandes Godinho, *“Do crime de Branqueamento de Capitais”*, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 141

<sup>68</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit. pág.41

Face ao exposto, parece resultar que ao contrário de Augusto Silva Dias, que coloca objeções à inclusão do crime de branqueamento de capitais como uma medida incriminadora indireta do lucro ilicitamente obtido porque este tipo legal atua a jusante da infração previamente cometida, sendo que deve ser esta que deve combater esse mesmo lucro ilícito, João Conde Correia concebe claramente o branqueamento de capitais como uma medida incriminadora por si mesmo destinada a combater o lucro ilícito e, conseqüentemente, recuperar ativos, independentemente de ser considerada criminalidade organizada. Embora se deva destacar que, como nos diz Jorge Godinho<sup>69</sup>, a fenomenologia do branqueamento de capitais está ligada,

*“(..)à problemática do crime organizado(..) foi em ligação com a criminalidade organizada que o fenómeno do branqueamento de capitais ganhou projecção e é nele que adquire a sua maior expressão.”* e continua dizendo *“Correspectivamente, afirma-se com insistência que a detecção e a investigação de práticas de branqueamento de capitais serão formas eficazes ou mesmo métodos privilegiados de combate ao crime organizado, dado v.g que os capitais poderão ser a única ligação aos mais elevados níveis das organizações criminosas. A identificação de métodos de branqueamento de capitais é uma forma de expor e combater as próprias organizações criminosas.”*.

No panorama jurídico nacional onde cada vez mais se nota a influência do legislador comunitário em diversos diplomas, cumpre destacar a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que transpõe a diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Sem entrar na análise do diploma, que largamente ultrapassa o âmbito do presente trabalho, o esforço denota preocupação em privar a parte patrimonial dos crimes. Parece-nos natural que a recuperação de ativos passe pelo uso desta incriminação tendo em vista confiscar o lucro ilicitamente obtido. Embora se concorde com Augusto de Silva Dias, quando diz que o branqueamento de capitais atua a jusante relativamente ao lucro ilícito obtido pela prática de uma outra infração penal prévia e por isso o crime não pune o enriquecimento injustificado, por outro lado (e não discordando com o autor que o crime de branqueamento de capitais se dirige à conversão, transferência, ocultação ou

---

<sup>69</sup> Jorge Alexandre Fernandes Godinho, *“Do crime de Branqueamento de Capitais”*, op. cit. pág. 31-32

dissimulação de lucro comprovadamente ilícito decorrente da prática de uma das infrações penais elencadas no n.º 1 do art.º 368-A do CP) também nos parece que o lucro ilícito não deixa de ser lucro ilícito após a conversão, transferência, ocultação ou dissimulação. Se a este dado acrescentarmos a possibilidade que parece resultar da Lei de punir o auto branqueamento de capitais (contra esta visão está o professor Paulo Sousa Mendes<sup>70</sup>) sem crime prévio então e em certa medida parece-nos que de facto o branqueamento de capitais constitui ele próprio uma medida que incrimina indiretamente o enriquecimento injustificado.

Além das duas medidas acima referidas, João Conde Correia identifica uma terceira opção, ainda dentro das medidas substantivas de combate ao lucro ilícito, ou seja, baseadas na ilicitude material, portanto na incriminação do enriquecimento. Diz-nos o autor que,

*“ Uma forma muito antiga de lograr o confisco dos proventos do crime consiste na utilização de **medidas fiscais de tributação do património ilícito**.”* O autor apresenta como exemplo o *Income Tax Act*, dos Estados Unidos da América, de 1916, que *“(.) suprimiu a exigência de legalidade do rendimento, tributando-o independentemente da sua proveniência.”*<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Relativamente ao branqueamento de capitais importa tomar ter em atenção as palavras do professor Paulo Sousa Mendes sobre se *“a dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”* Para este professor o auto branqueamento nos crimes de corrupção não é punido porque *“(.) os tipos de crime de corrupção activa e passiva estão indissoluvelmente ligados na mesma finalidade político-criminal, que é a protecção do bem jurídico aludido, do qual comunga também o tipo de crime de branqueamento sempre que o interveniente na corrupção, enquanto crime subjacente, for o mesmo, por ser natural que o agente da corrupção pretenda evitar os riscos da perseguição penal.1. O branqueamento não se pode imputar aos próprios intervenientes nos crimes subjacentes, existindo um concurso aparente ou de normas em tais casos, o que faz com que o branqueamento seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente.2. O mesmo raciocínio vale para os casos em que o crime subjacente for a corrupção activa praticada pelo próprio agente. 3. O mesmo raciocínio não deixa de valer para os casos em que o crime subjacente for a corrupção passiva praticada por outrem, sendo a corrupção activa praticada pelo próprio agente, pois a corrupção activa e passiva constituem materialmente um único facto”*, Paulo de Sousa Mendes, Sónia Miranda e António Reis, *“A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, n.º 2/3 (Setembro/Dezembro 2008), Lisboa, 2008, pág. 810

<sup>71</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit. pág. 44-45

Por se prestar a críticas várias, desde o Estado assumir o papel “*de recetador*” ou o mecanismo ser de eficácia reduzida, o autor dá nota de uma tese que defende o recurso a esta solução apenas quando,

*“não for possível determinar a origem do bem e tenham sido omitidas as correspondentes declarações tributárias(..)” recorrendo nesse caso “(..) aos delitos fiscais, como forma subsidiária do confisco.” Dessa forma “(..) sempre que seja possível determinar a origem do património, o arguido deverá ser punido pelo respetivo ilícito jurídico-criminal e as vantagens dele decorrentes confiscadas.”*

### §

Olhemos agora para as consequências jurídicas do confisco do lucro injustificado resultante da prática do crime e/ou ilícito típico (e bem assim para o confisco dos demais objetos relacionados com o crime/ilícito típico).

Augusto Silva Dias<sup>72</sup> indica a “multa” como uma solução que atua ao nível das consequências jurídicas do crime. Diz-nos que,

*“esta solução não é compatível com o sistema constitucional português, por razões que se prendem com os princípios da legalidade e da culpa.”.*

Paulo Silva Marques acolhe as mesmas conclusões e adianta que,

*“(..)brevitatis causa, na aplicação de uma pena de multa indexada ao montante do lucro injustificado ou a um multiplicador desse lucro obtido com a prática do crime – dobro, triplo ou outro múltiplo desse valor – surgindo, assim, como instrumento indireto do confisco do lucro obtido, cuja determinação prescinde qualquer conexão com os elementos do crime. Efetivamente, esta solução não é compatível com o figurino constitucional português, por razões que se relacionam com os princípios da culpa e da legalidade. Em relação aquele a fixação desta pena de multa resulta, unicamente, de cálculos aritméticos puramente objectivos, escapando ao método de aplicação desta pena fundado no princípio da culpa; relativamente a este a multa proporcional constitui uma pena absolutamente indeterminada, pois a estatuição legal não nos permite perceber quais os seus limites mínimos e máximos, tornando-se a*

---

<sup>72</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*”, op. cit. pág.36

*reação penal, que vier a ser aplicada, imprevisível para os seus destinatários.”*<sup>73</sup>

Estes dois autores adiantam como segunda medida, dentro das consequências jurídicas, que atua relativamente contra às vantagens ilícitas obtidas o “confisco ampliado” e que se presumem provenientes da atividade criminosa do agente. Este instituto criado entre nós pela Lei 5/2002, de 11 de janeiro, será objeto de análise nalguns dos seus aspetos, pelo que voltaremos mais adiante a este regime. Estranhamente estes dois autores não identificam o regime geral de perda de bens previsto no Código Penal. Seja na modalidade de perda dos instrumentos do crime, art.º 109.º do Código Penal, seja nas modalidades da perda dos produtos ou das vantagens do crime art.º 110.º. Sendo a omissão dos instrumentos e dos produtos lógica já a ausência das vantagens será motivada pelo facto do âmbito em que as matérias foram abordadas. Assim, Augusto Silva Dias poderá ter omitido as medidas do regime geral pelo facto do âmbito da exposição ser a criminalidade organizada e Paulo Silva Marques porque se debruça sobre o confisco ampliado. Não queremos que a razão seja pelos autores terem um entendimento que não conceba a natureza jurídica do regime da perda dos objetos prevista no Código Penal como uma consequência jurídica do ilícito. Independentemente de se conceber a perda ora como “pena acessória”, “efeito da pena”, ou como uma “providência sancionatória de natureza análoga à medida de segurança” e/ou outras, todas parecem traduzir-se numa consequência jurídica do ilícito conexo com os factos que determinam o confisco. Dessa forma a razão da omissão centrar-se-á pelo respetivo âmbito em que os temas foram abordados pelos autores – criminalidade organizada e o confisco ampliado -. Aparentemente, em sentido mais amplo, surge-nos João Conde Correia que, por tratar destas matérias no âmbito do “confisco”, integra no segundo grupo de medidas quer os mecanismos tradicionais de perda – *instrumenta, producta e fructa sceleris* -denominada também por “perda clássica”, previstos no código penal,<sup>74</sup> e a perda alargada (esta última também designada por alguma doutrina por perda ampliada) prevista na nossa Lei 5/2002, de 11 de janeiro.

---

<sup>73</sup> Paulo Silva Marques, “*O Confisco ampliado no direito penal português*”, op. cit. pág. 296;

<sup>74</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit. pág. 46

Face à atual legislação existente na ordem jurídica nacional julgamos poder dizer que a recuperação de ativos socorre-se quer das medidas incriminadoras (indiretas) quer das consequências jurídicas do crime para combater o lucro/vantagens ilícitas.

Nas medidas incriminadoras indiretas mencionou-se o branqueamento de capitais, pese embora nem todos os autores referidos concordem que seja correto considerar esta uma verdadeira medida de combate ao lucro ilícito. Face à letra da lei em que parece ser de admitir situações de auto branqueamento (praticados pelo próprio autor do facto ilícito de que provêm as vantagens) e uma certa independência deste ilícito da infração subjacente, o lucro, não deixa de ser lucro, enquanto se converte ou transfere para se dissimular, sendo incriminado pelo art.º 368-A do CP. Por outro lado e no atual figurino legislativo inexistem medidas incriminadoras diretas como as tentativas feitas de aprovar em diversos momentos o enriquecimento seja ele denominado de ilícito ou injustificado.

Antevê-se que haja uma nova tentativa de legislar para incriminar as vantagens ilícitas e para contornar as objeções feitas, nas situações anteriores, pelo Tribunal Constitucional, para tal o próximo passo poderá ser um projeto que incrimine o enriquecimento não declarado.

Eventualmente pode estar aqui a solução para a criminalização do enriquecimento, mas decerto que a construção terá de passar pela existência da obrigação de dar informações sobre a riqueza e, então, a sua violação dará origem à incriminação. Tal crime parece-nos que recairá sobre certo tipo de funcionários ou sobre os PEP's (pessoas expostas politicamente) e/ou outros agentes que tenham especiais características e obrigações. Ou seja, tratar-se-á de um crime específico próprio sobre as quais recaem especiais deveres de prestar contas. A omissão dará então azo à criminalização. A ação típica será aqui no caso a omissão do dever de comunicar. Tudo isto não passa de meras conjecturas face à terminologia enunciada.



Ao nível das consequências jurídicas do crime (ou facto ilícito típico), e sem entrar por qualificações jurídicas no que à natureza jurídica diz respeito, as figuras/medidas existentes para combater o lucro/vantagens ilícitas, diremos que, assume-se de fulcral importância o regime especial de perda de bens a favor do Estado, previsto nos art.º 7.ºss da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, e denominado por “perda alargada. Como vimos, Augusto Silva Dias e Paulo Silva Marques além deste mecanismo teorizaram sobre a multa indexada ao montante do lucro ilícito cuja determinação prescinde da relação com os elementos do crime. Estes autores não consideram que tal pena seja compatível com o sistema constitucional português. Por outro lado João Conde Correia parece considerar no âmbito das consequências jurídicas do confisco a chamada “perda clássica” bem como a perda alargada. Ora se na perda alargada aqueles autores não parecem questionar que a aplicação de tal regime se traduza numa consequência jurídica de combate ao lucro ilícito no âmbito da criminalidade organizada e económico-financeira, coloca-se a questão de saber se a perda clássica cabe nas medidas que atuam ao nível das consequências jurídicas dos crimes? João Conde Correia parece incluir no confisco a perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime (leia-se aqui facto ilícito típico). Mas será que ainda se poderá falar com propriedade de recuperação de ativos quando falamos da “perda clássica” como medida de combate ao lucro ilícito que atua ao nível das consequências jurídicas do crime? Acima dissemos que nos objetivos que são possíveis atribuir à recuperação de ativos poder-se-á admitir uma certa interpretação em sentido *lato* de modo também a incluir o confisco dos instrumentos e produtos do crime. João Conde Correia quando fala dos mecanismos baseados nas consequências jurídicas do ilícito fá-lo no quadro do “confisco”. Confisco esse como forma de alcançar o desiderato político-criminal que “o crime não compensa”.<sup>75</sup> E dentro do confisco cabem a perda dos instrumentos e dos produtos do crime. Todavia, este autor reconhece que,

*“Pelos seus objetivos específicos (..), a perda dos instrumentos ou producta sceleris não é, assim, um mecanismo essencialmente criado para demonstrar que o crime não compensa.”*<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Idem, pág. 36

<sup>76</sup> Idem, pág 70-71

Nesse sentido parece-nos que ao nível das consequências jurídicas um dos mecanismos de combate ao lucro ilícito seja o regime da perda previsto no código penal, em primeiro lugar, o artigo 110.º, na parte da perda das vantagens. Num espectro mais amplo e dentro ainda dos objetivos atribuíveis à recuperação de ativos podemos incluir o confisco dos instrumentos e produtos do crime. Ora este entendimento ampliado dos objetivos da recuperação de ativos parece resultar também da própria Lei 45/2011, de 24 de junho, que criou o GRA, porque de acordo com a missão definida para este gabinete, no art.º 3 n.º 1 é claramente dito que a atuação é dirigida à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes. Com a terminologia bens ou produtos o legislador alarga a missão do GRA à perda dos instrumentos, produtos e vantagens relacionadas com crimes. Pelo exposto, concluímos que **a recuperação de ativos** visa o combate ao lucro ilícito através dos **mecanismos que atuam ao nível da incriminação**, bem como ao nível das **consequências jurídicas** do crime. Dentro destas incluem-se os regimes da perda clássica do código penal e da perda alargada. Para além destes regimes muitos outros diplomas existem direcionados ao confisco das vantagens (bem como dos instrumentos e produtos) do crime, como é o caso dos artigos 35.ºss do regime de Tráfico e consumo de estupefacientes – Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, e que atuam ao nível das consequências jurídicas e no fundo servem os objetivos da recuperação de ativos. A questão que se coloca é se o GRA atua em todos estes domínios. Será que o gabinete, por exemplo, procura recuperar ativos através dos mecanismos que combatem os lucros injustificados e que atuam ao nível da incriminação indireta? O que ora se pergunta é se o GRA investiga o branqueamento de capitais? Não desvendaremos para já a resposta a esta pergunta. Mas adiantamos que não deveremos confundir a recuperação de ativos com o próprio gabinete de recuperação de ativos. Dito isto, é nossa conclusão que a recuperação de ativos é prosseguida quando investiga o crime de branqueamento de capitais, bem como quando são aplicados os regimes de perda geral ou outros regimes especiais que atuam ao nível da consequência jurídica do crime (isto independentemente da natureza jurídica que se atribua às referidas medidas de perda).

\*\*\*

## 1.5 O Gabinete de Recuperação de Ativos

Acima tentámos avançar com um conceito de recuperação de ativos por inexistir, como se disse, uma definição legal. A Lei 45/2011, de 24 de junho, criou o Gabinete de Recuperação de Ativos e também não avançou nenhuma definição nessa matéria. E, de certa forma, o diploma em vez de trazer respostas veio contribuir para a discussão. Um observador mais atento naturalmente colocará questões sobre a edificação jurídica do GRA. Nas palavras do autor João Conde Correia,

*“Este novo órgão não é mais um departamento da Polícia Judiciária, mas uma nova instância transversal, baseado na articulação de todas aquelas entidades (...)”<sup>77</sup>.*

Resulta da referida lei, art.º 2.º, que o GRA “É criado, na dependência da Polícia Judiciária”. Esta dependência parece-nos que não é suficiente para poder integrar o gabinete na orgânica da Polícia Judiciária tal qual as outras unidades e departamentos.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> João Conde, Correia, in “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português”, op. cit. pág. 52 nota de rodapé n.º 1

<sup>78</sup> Por definir parece ainda estar se este Gabinete integra a orgânica da Polícia Judiciária (PJ). Que tipo de dependência é esta do GRA à PJ? A Lei Orgânica da Polícia Judiciária (LOPJ), aprovada pela Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto (bem como a alteração ocorrida em 2010 pela Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto) não previu a criação do GRA na sua estrutura orgânica. De resto esta “omissão” é compreensível na medida que o diploma legal que criou o GRA ser cronologicamente posterior. Todavia, a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto de 2015, procedeu à alteração de diversos diplomas legais entre eles a própria LOPJ sendo que a única alteração verificada neste diploma foi o aditamento da al. d) do n.º 1 do art.º 28 que criou a nova Unidade Nacional de Investigação da Criminalidade Informática. Posteriormente, a LOPJ foi novamente alterada pelo Decreto-Lei n.º 81/2016, de 28 de Novembro, que veio alterar a denominação daquela Unidade da PJ para Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica.

Nenhuma das alterações à LOPJ contemplou o GRA na estrutura da PJ. Questiona-se se esta omissão terá sido intencional ou puro esquecimento do legislador. Face à oportunidade que o legislador já teve para alterar a LOPJ tudo indica que o GRA é um gabinete autónomo da própria polícia embora na sua dependência. Uma espécie de veículo híbrido. Neste mesmo sentido citamos novamente as palavras do autor João Conde Correia, “O GRA, criado na dependência da Polícia Judiciária, (...) consiste num órgão multidisciplinar, que congrega a Polícia Judiciária, O Instituto de Registos e Notariado, I.P., e a Autoridade Tributária e Aduaneira. (...) Este novo órgão não é mais um departamento da Polícia Judiciária, mas uma nova instância transversal, baseada na articulação de todas aquelas entidades, que deve servir de complemento à investigação criminal.”, ex vi “Gabinete de recuperação de ativos: a perda angular do sistema português de confisco”, op. cit. pág. 52. (Na data em que escrevemos estas linhas discute-se uma alteração à LOPJ. Desconhece-se se tal ensejo será ou não aproveitado para clarificar a construção jurídica do GRA).

Esta indefinição permite interpretações diversas sobre questões que não se colocariam se o regime tivesse ficado logo perfeitamente definido *ab initio*<sup>79</sup>.

O GRA funciona de forma descentralizada estando presente junto das Unidades Territoriais da Polícia Judiciária em Lisboa, Porto, Coimbra e Faro, ou seja, junto das instalações do edifício da sede, na Diretoria do Norte, Diretoria do Centro e Diretoria do Sul, respetivamente, *ex vi* art.º 7.º. Fazem parte deste gabinete elementos da PJ, da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Instituto de Registos e Notariado, art.º 5.º (embora estes elementos apenas estejam presentes no GRA-sede).

De acordo com as disposições conjuntas dos art.ºs 3.º, n.ºs 1 e 2, e 9.º n.ºs 1 e 2, é possível identificar **cinco missões ao GRA**.<sup>80</sup> 1.º identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, 2.º assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados; 3.º exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente atribuídas; 4.º realizar a recolha, a análise e o tratamento de dados estatísticos anonimizados, resultantes da sua atividade e, por último, 5.º coadjuvar as autoridades judiciais na realização dos atos de cooperação judiciária pertinentes. Para prosseguimento da referidas missões o GRA foi dotado de atribuições análogas aos Órgãos de Polícia Criminal, nos termos do art.º 2.º. Esta natureza analógica aos OPC's levanta naturalmente questões. Todavia, não nos deteremos delas agora.

No que às origens da criação do GRA se reporta a ideia original não pode ser atribuída a legislador nacional. Como nos diz João Conde Correia,

*“(..) O GRA também não foi uma feliz invenção nacional. Pelo contrário, resultou de mais uma imposição supra nacional: nos termos do artigo 1.º da Decisão 2007/845/JAI do Conselho de 6 de dezembro de 2007 (..), o legislador luso viu-se obrigado a criar um gabinete nacional de recuperação de bens (..)”*.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> As funções de investigação atribuídas ao GRA análogas aos OPC's, nos termos do art.º 2 da Lei 45/2011, de 11 de janeiro, significa que o GRA é um OPC? Será que isso confere a todos os seus elementos a qualidade de OPC, nos termos do art.º 1 al. c) do CPP? Em caso afirmativo porque não poderão os elementos da AT e do IRN terem direito ao uso e porte de armas como os restantes elementos da PJ? Mas estas e outras questões podem ser feitas.

<sup>80</sup> Neste sentido *vide* Hélio Rigor Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Ativos O que é, para que serve e como actua”, op. cit. pág 69-70

<sup>81</sup> João Conde Correia,, “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português”, op. cit. pág. 52, nota de rodapé n.º 1

A razão principal para a criação do Gabinete de Recuperação de Ativos resulta de uma imposição comunitária dando cumprimento à decisão do Conselho<sup>82</sup>, em matérias como “detecção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime”, *ex vi* art.º 1.º n.º 1 da Lei 45/2011, de 24 de junho. Por sua vez a decisão comunitária resultou da necessidade de serem criadas estruturas, ao nível dos estados membros da União Europeia, capazes de cooperar entre si em matérias como a recuperação de ativos.

Um dos principais pontos de destaque na Lei 45/2011, além da própria criação do GRA, foi a conceptualização de um novo tipo de investigação, assumidamente diferente da investigação criminal. O GRA para realizar a missão de “*identificar, localizar e apreender bens ou produtos relacionados com crimes*” realiza uma investigação. Esta investigação, de acordo com a Lei 45/2011, denomina-se financeira ou patrimonial. De resto esta matéria constitui mais um dos pontos de interrogação que esta lei nos coloca. Como veremos a lei não avança nenhum conceito, limita-se a dizer que o GRA realiza a referida investigação como se a mesma fosse um conceito perfeitamente definido na ordem jurídica nacional. Voltaremos à temática sobre esta investigação mais adiante.

**A intervenção do GRA surge quando os requisitos estipulados no art.º 4** estão presentes. Ai é dito que as condições legais que se exigem para que de facto seja requerida a intervenção do GRA (na ordem jurídica interna) são: 1) Existir uma investigação criminal por crimes puníveis com uma moldura igual ou superior a três anos 2) Quando da prática daqueles crime haja relação com instrumentos, bens ou produtos cujo valor seja superior a 1000 unidade de conta<sup>83</sup>. Além daqueles dois

---

<sup>82</sup> A Decisão n.º 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro, que obrigava os Estados Membros a transporem para a ordem jurídica interna as disposições destinadas a dar cumprimento à mesma e consequentemente a criação dos gabinetes de recuperação de ativos tinha como data limite 18 de dezembro de 2008, nos termos do art.º 8.º. Como supra indicámos na nota de rodapé n.º 33 o GRA só entrou em funcionamento em meados do mês de outubro de 2012.

<sup>83</sup> Vislumbra-se na imposição destes dois requisitos uma barreira que limita a entrada de investigações no Gabinete de Recuperação de Ativos. Permitindo dessa forma os funcionários do gabinete concentrarem-se nas investigações financeiras/patrimoniais relativas à criminalidade mais grave, complexa, geradora de maiores proventos. Nas palavras dos autores Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, op. cit. pág. 22 e 23, “(..)o GRA não possui competência para desenvolver toda e qualquer investigação financeira e patrimonial relacionada com o crime. Tal desempenho encontra-se reservado para os tipos de criminalidade mais grave, que para estes efeitos é precisamente aquela que gera maior proveito económico para o agente do crime. A fixação de uma regra “de minimis” afigura-se nos assim razoável, permitindo-se, por este meio, que este gabinete canalize os seus esforços na resolução dos casos mais complexos e geradores de maiores benefícios económicos para os

requisitos decorre **outro** da lei que é 3) Existência de uma determinação do Ministério Público para o GRA atuar. No mesmo sentido quanto a esta última exigência diz-nos Hélio Rigor Rodrigues que,

*“(..)apenas o Ministério Público tem competência para determinar a intervenção do GRA no âmbito da investigação patrimonial ou financeira.”.*<sup>84 85 86</sup>

Mas como bem salienta este autor uma das missões do GRA é atuar para coadjuvar o tribunal (ou seja, sem determinação do MP).<sup>87</sup> Esta ressalva, de resto, não é a única. Quando o GRA coopera com os demais gabinetes de recuperação de ativos dos estados membros fá-lo no âmbito da cooperação policial sem que nesse caso haja uma prévia determinação de qualquer autoridade judiciária para que o GRA intervenha (prescindindo-se inclusivamente os outros requisitos acima referidos, moldura penal e valor dos bens).

Faz parte da missão do GRA coadjuvar as demais autoridades judiciárias, em virtude de ter atribuições análogas aos OPC's. Por tal motivo o estipulado no art.º 55.º n.º 1 do CPP em que se afirma que *“competem aos órgãos de polícia criminal coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo”* é lhe aplicável. Euclides Dâmaso Simões afirma que por o GRA ter atribuições análogas aos OPC's tal implica que atue,

---

*criminosos.”.* Todavia, os requisitos cumulativos impostos para que o GRA intervenha são pouco restritivos permitindo o acesso a uma grande quantidade de investigações, porque verdadeiramente só o requisito da moldura penal é mensurável. A exigência quanto ao valor dos bens é de acordo com a própria letra da lei feita com base numa estimativa.

<sup>84</sup> Hélio Rigor Rodrigues, *“Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”*, op. cit. pág. 70

<sup>85</sup> Esta ideia consta também em, Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, *“Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”*, op. cit. pág. 23 e 24

<sup>86</sup> Neste mesmo sentido diz-nos João Conde Correia, in *“Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”*, op. cit. pág. 53, que *“(..) o GRA não atua de motu próprio ou, sequer, a impulso do órgão de polícia criminal competente para a investigação criminal. Na base da sua intervenção está sempre uma solicitação do Ministério Público (art.º 4.º, n.º1). Enquanto dominus da investigação criminal, ele também é dominus da investigação patrimonial e financeira, que, aliás, é acessória daquela, jamais podendo existir sem ela. O GRA deve pois – malgrado a sua independência técnica e tática (art. 2.º, n.ºs 5 e 6, da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto: lei de organização da investigação criminal) - atuar sob a direção do Ministério Público e na sua dependência funcional (art.º 56.º do CPP).”*

<sup>87</sup> Hélio Rigor Rodrigues, *“Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”*, op. cit. pág. 70-71, nota de rodapé 17, *“Obviamente, sem prejuízo da intervenção do GRA no âmbito da sua actividade de coadjuvação do tribunal nos pedidos de auxílio judiciário mútuo em matéria de perda ou apreensão de bens, não se tratando, nestes casos, de uma verdadeira investigação patrimonial.”*

*“(..)na sua dependência funcional, em conformidade com o que, estruturando a arquitectura do nosso sistema, prescrevem o art.º 56 do CPP e o art.º 2.º da Lei 49/2008, de 27 de Agosto (LOIC).”<sup>88</sup>*

Face à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, parece-nos que a missão atribuída ao GRA de coadjuvação das autoridades judiciais saiu reforçada. A coadjuvação do GRA ao Tribunal não está limitada aos casos de cooperação judiciária. Aquela lei no artigo 20.º diz claramente que a investigação patrimonial ou financeira pode realizar-se mesmo depois da condenação. Ou seja, quando o domínio do processo já não está nas mãos do Ministério Público e sim no Tribunal.

Pelo exposto parece-nos lógico concluir que o GRA só atua existindo uma determinação das autoridades judiciais. Apesar do GRA ter atribuições análogas aos órgãos de polícia criminal temos alguns pruridos em afirmar que este possa praticar os atos cautelares e de polícia previstos no CPP por iniciativa própria, nos termos do art.º 55.º n.º 2 do CPP. Esta disposição não parece aplicar-se à investigação financeira ou patrimonial que para se realizar precisa da determinação do Ministério Público. Sobre esta determinação do MP diz-nos Hélio Rigor Rodrigues que,

*“(..)o Ministério Público não executa um comando de natureza imperativa, ou seja, não dá uma ordem ao GRA, antes delega uma competência que lhe pertence. Esta **delegação deverá ocorrer ao abrigo do artigo 270.º do Código de Processo Penal**, que permite expressamente a possibilidade de conferir aos órgãos de polícia criminal o encargo de proceder a “quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito. (..) estando reunidos os respetivos pressupostos (..)”<sup>89</sup> <sup>90</sup> Segundo este autor a delegação deve identificar “(..) se estamos perante um caso de*

---

<sup>88</sup> Euclides Dâmaso Simões, “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)” op. cit. pág. 186-187

<sup>89</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”, op. cit. pág. 71

<sup>90</sup> Hélio Rigor Rodrigues, e Carlos A. Reis Rodrigues, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, op. cit. pág. 24, dizem estes autores ““(..) esta magistratura determina a atuação do GRA através de uma delegação de competências, tal como estabelecida no art.º 270.º n.º 1 do Código de Processo Penal, **justamente para essa solução aponta a natureza de Órgão de Polícia Criminal que foi conferida ao GRA, nos termos do artigo 2.º**”.

perda tradicional ou alargada, uma vez que tal distinção será determinante nas diligências de investigação que o GRA terá que realizar.”<sup>91</sup>

A delegação do Ministério Público não deve ser uma carta branca para este se demitir das suas funções. Aliás, parece-nos que o MP ao delegar as competências no GRA devia no despacho precisar o que pretende efetivamente com a investigação. Porém tal pecha está ainda muito presente nestes despachos quando o MP determina a intervenção do GRA. Por isso, concordamos novamente com aquele autor quando diz que compete ao Ministério Público,

*“(..)acompanhar e controlar a investigação patrimonial desenvolvida pelo GRA, nos mesmos termos em que se encontra obrigado a controlar a investigação tendente à responsabilização criminal do agente.”*<sup>92</sup>

Parece-nos que numa grande parte das vezes o MP não vislumbra as potencialidades do gabinete e não sabe bem o que pretende do trabalho que delegou competências. Muitas vezes fica-se com a ideia que o MP quer é uma perícia financeira, alguém que análise os movimentos bancários, no fundo que proceda por uma investigação criminal encapotada numa investigação financeira ou patrimonial, procurando-se nesta demonstrar as vantagens obtidas com a prática dos crimes (isto sem que esteja em causa o crime de branqueamento de capitais. Relativamente a este tipo de crime admitimos que possa o GRA fazer, mediante delegação de competências do MP nesse sentido, uma investigação essencialmente direcionada ao apuramento daquele ilícito ainda que no âmbito investigação financeira ou patrimonial).

Acima referimos que a atuação do GRA não dependia de nenhuma determinação das autoridades judiciais quando estivesse em causa a cooperação com os demais gabinetes dos outros estados membros. O GRA foi criado por “vontade” do legislador comunitário para resolver de forma rápida o problema de partilha de informações com os outros gabinetes de recuperação de ativos dos estados membros (ARO’s<sup>93</sup>). A necessidade de uma determinação prévia do MP para o GRA poder intervir nesta área

---

<sup>91</sup> Hélio Rigor Rodrigues, *“Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”*, op. cit. pág. 71

<sup>92</sup> Hélio Rigor Rodrigues, e Carlos A. Reis Rodrigues, *“Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”*, op. cit. pág. 24

<sup>93</sup> Os gabinetes de recuperação de ativos são geralmente identificados pelo acrónimo inglês correspondente a Asset Recovery Office (ARO).



poderia condicionar de sobremaneira que de forma célere se partilhasse a informação. Sobre a admissibilidade desta partilha, sem despacho da autoridade judiciária, diz-nos Hélio Rodrigues que o GRA disponibiliza as informações que,

*“(..)que lhe sejam solicitadas por gabinetes de outros Estados, nos termos do artigo 8.º n.º 1 da Lei 45/2011, e da Lei 74/2009, de 12 de Agosto. Por dados ou informações entendem-se (nos termos do artigo 2.º alínea d) da citada Lei 74/2009: i) Qualquer tipo de dados ou informações na posse das autoridades de aplicação da lei; e ii) Qualquer tipo de dados ou informações na posse de autoridades públicas ou entidades privadas, a que as autoridades de aplicação da Lei tenham acesso sem recorrer à aplicação de meios de obtenção de prova a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º da referida Lei 74/2009.”*<sup>94 95</sup>

Esta competência não pode de modo algum confundir-se com qualquer ação destinada a “congelar” o património. Continuam a vigorar aqui as regras de uma carta rogatória dirigida às autoridades centrais dos países envolvidos pois que a desnecessidade de uma ordem do Ministério Público apenas cobre a partilha da identificação e localização do património. Em Portugal a autoridade central nacional quanto ao auxílio judiciário mútuo, em matérias como a apreensão (*lato senso*) de bens diz respeito, é a Procuradoria-Geral da República. Todavia, prevê-se que a breve prazo possa haver novidades com a aprovação do futuro regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco.<sup>96</sup> Será expectável quando tal instrumento existir que o GRA possa ser ainda mais um interlocutor privilegiado para a recuperação de ativos na ordem jurídica

---

<sup>94</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua*”, op. cit. pág. 70, nota de rodapé 16

<sup>95</sup> A Lei n.º 74/2009, de 12 de Agosto, sobre “intercâmbio de dados e informações de natureza criminal na União Europeia” aprovou o regime aplicável à partilha daqueles dados entre as autoridades dos Estados Membros. A cooperação do GRA com os outros GRA’s dos Estados Membros prevista na Lei 45/2011 é feita ao nível policial. A partilha de informação tem fundamento ainda na Lei n.º 74/2009 e ocorre através dos canais já existentes na Interpol, Europol e Sirene, conforme referido no art.º 10.º n.º 1. O GRA coopera com os demais gabinetes dos Estados Membros partilhando informações, geralmente, através do canal SIENA - Secure Information Exchange Network Application (SIENA) – criado no seio da Europol. Para outras informações sobre o canal SIENA vide a página da Europol <https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/information-exchange/secure-information-exchange-network-application-siena>

<sup>96</sup> Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho “relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco” COM/2016/0819 final - 2016/0412 (COD)

nacional. Para mais aspetos relacionados com o GRA remetemos para o autor Orlando Mascarenhas.<sup>97</sup>

\*\*\*

## 1.6 Investigação Financeira ou patrimonial

De acordo com o n.º 1 do artº 4.º da Lei 45/2011, de 24 de junho, o GRA procede à investigação financeira ou patrimonial por determinação do Ministério Público. Sobre a investigação financeira ou patrimonial importa dizer que, à parte dos pressupostos formais necessários para que se possa proceder à abertura da referida investigação (que corre por apenso ao inquérito), a Lei 45/2011 não apresenta nenhuma noção para o conceito de “*investigação financeira ou patrimonial*”. Aquele n.º 1 do art.º 4.º afirma que “*O GRA procede à investigação financeira ou patrimonial mencionada no artigo anterior (...)*” sendo que o artigo anterior se refere à “missão” do GRA. Assim, para alcançar uma noção de “*investigação financeira ou patrimonial*” há que olhar para o artigo 3.º relativo à missão do GRA. Acima identificámos 5 missões como finalidades próprias do gabinete. Destas cinco aquela que nos devemos verdadeiramente ocupar é aquela que indica como missão “*(...) proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes a nível interno e internacional(...)*”. As outras finalidades identificadas na lei - coadjuvar as autoridades judiciais, cooperar com os ARO's, proceder ao tratamento de dados estatísticos e exercer demais atribuições não especificadas - dificilmente se enquadram numa definição de investigação financeira ou patrimonial.

Como ponto de partida, parece-nos que, devemos, também, olhar para o conceito de investigação criminal, o qual se encontra legalmente definido, ao contrário da investigação financeira ou patrimonial. De acordo com a Lei de Organização e Investigação Criminal (LOIC), no seu artigo 1.º,<sup>98</sup> com epígrafe “*definição*”, é dito que a mesma compreende “*(...) conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.*” Em

---

<sup>97</sup> Orlando Mascarenhas, “Recuperação de Ativos- Novas Tendências e Desafios”, 1.ª edição “*O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pág. 293ss.

<sup>98</sup> Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, alterada pela Lei n.º 57/2015, de 23/06

tempo<sup>99</sup> dissemos que *“esta definição simples e objetiva não dá uma ideia da complexidade que a investigação criminal pode assumir e da correspondente multiplicidade de atos e diligências que poderão ser executados(..)”*. Todavia, reconhece-se-lhe o mérito de avançar com um conceito. Quanto ao conjunto de diligências dissemos que compete *“a lei processual penal determinar que tipos de diligências podem existir.”* Acrescentámos, a aparente *“(..) simplicidade da definição avançada para o que é investigação criminal pode trazer críticas, por não definir em si o caminho para alcançar aquele resultado. Mas, salvo melhor opinião, também não cabia neste âmbito enumerar as vias para alcançar os desígnios de apurar a existência do crime, os seus agentes e dos meios/métodos de obtenção de prova. Neste aspeto há que primordialmente olhar para a codificação feita em lei adjetiva (processual penal), mas não esquecendo as leis penais substantivas.”*. Ora isto que se disse não sucede quanto à investigação financeira ou patrimonial porque não existe desde logo qualquer definição legal nesse sentido, nem leis materiais ou adjetivas direcionadas a esta realidade como no caso da investigação criminal. Ideia assente é que a investigação financeira ou patrimonial não se confunde com a investigação criminal, como refere o autor João Conde Correia,

*“uma coisa será a investigação criminal, realizada no inquérito, segundo os cânones e com as finalidades tradicionais e outra bem diferente, a investigação financeira ou patrimonial documentada num apenso e com objetivos específicos. Ainda que contemporâneas ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas), as duas investigações são distintas.”*<sup>100</sup>

Voltando ao conceito de investigação patrimonial ou financeira o seu preenchimento deverá, assim, passar pelo que dissemos anteriormente *“(..)conjunto de diligências que visam a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com a prática de ilícitos criminais. Mas que bens e produtos são estes? De que diligências estamos a falar? Eis algumas questões que se colocam. O conceito de investigação patrimonial ou financeira ora avançado, nada mais é do que um decalque do conceito legal de investigação criminal, mas a diferença é que neste tipo*

---

<sup>99</sup> Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho, *“Investigação Financeira e Investigação Patrimonial”*, trabalho apresentado no âmbito da disciplina Metodologia Jurídica para o Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito, ano letivo 205/2016, pág. 6-8.

<sup>100</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit. pág. 193

de investigação existe uma lei adjetiva, no caso o código de processo penal, que vai preencher quais as diligências que se podem fazer, que meios e métodos de prova são admissíveis.”<sup>101</sup> A **investigação financeira ou patrimonial** começa aos poucos a ser uma realidade palpável aparecendo autores a avançar com definições. A este propósito cita-se **Vicente Corral Escariz** que nos diz que a investigação financeira ou patrimonial corresponde ao,

*“conjunto de actuaciones policiales y judiciales encaminadas a elaborar el catálogo real de bienes, derechos y obligaciones de una o varias personas físicas o jurídicas, estableciendo sua posible origen y processo de formación.”*<sup>102 103</sup>

Em tempos considerámos que esta definição deveria ser ainda mais ampla e por isso avançamos o seguinte conceito: *“Investigação subordinada a um inquérito, dirigida aos suspeitos/arguidos da mesma e, eventualmente, a terceiros (conexos com os visados), que procura identificar as “coisas”, no sentido dado pelo Código Civil ao termo (mas com elasticidade suficiente para em casos específicos poder também englobar as “coisas” que possam estar fora do comércio jurídico), relacionáveis com aqueles sujeitos e determinar a verdadeira propriedade material (por contraposição à propriedade formal), praticando os atos e diligências necessárias, previstas no Código Processual Penal nos meios de prova e de obtenção de prova (que pela sua natureza intrínseca não sejam exclusivas do processo-crime e vedadas à investigação patrimonial e/ou financeira), tendo em vista a localização e apreensão (sentido amplo) das aludidas “coisas”, as quais podem ser objeto/instrumento, produto, recompensa ou vantagem do crime, incluindo-se aqui também as vantagens de crime(s) ainda que presumidas.”*<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho, *“Investigação Financeira e Investigação Patrimonial”*, op. cit. pág. 6-8.

<sup>102</sup> Vicente Corral Escariz, *“La Lucha Contra la Corrupción Urbanística en España”*, Tirant lo Blanch, 2014, *apud*, João Conde Correia, *“Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..)”* op. cit. pág. 110, nota de rodapé 69.

<sup>103</sup> Tradução nossa “Conjunto de diligência policiais e ações judiciais dirigidas para apurar o conjunto atual de bens, direitos e obrigações de uma ou mais pessoas singulares ou coletivas, sua possível origem, e determinar a sua forma de constituição”.

<sup>104</sup> Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho, *“Investigação Financeira e Investigação Patrimonial”*, op. cit. pág. 33

Recuperado o fôlego, estamos em condições de dizer que tal conceito parece-nos demasiado longo e conter algumas imprecisões. É que os instrumentos e produtos (em sentido *estricto*) do crime (ou facto ilícito típico) não devem ser o alvo primordial da investigação financeira ou patrimonial, mas sim da investigação criminal (embora a recuperação de ativos possa a vir a incidir sobre eles). Nos objetos que podem ou devem ser declarados perdidos a favor do Estado, no âmbito da investigação financeira ou patrimonial, não se devem incluir idealmente os instrumentos e os produtos do crime. Estes devem ser apreendidos e declarados perdidos no âmbito do processo crime.<sup>105</sup> Com isto não nos esquecemos que acima dissemos que um entendimento do conceito de recuperação de ativos em sentido *lato* poderia incluir a perda dos instrumentos e produtos do crime, mas tal finalidade não será aquilo que verdadeiramente se procura no âmbito da recuperação de ativos. Parece-nos que cai fora da alçada da investigação financeira ou patrimonial a perda daqueles objetos. Pelo exposto só verdadeiramente nos revemos em três das finalidades, acima indicadas pelo autor Hélio Rodrigues, quanto aos fins prosseguidos pela investigação financeira ou patrimonial, a saber: Em primeiro lugar “(..) a perda das vantagens (..) assegurar que o crime não compensa(..); Em segundo “assume importância nuclear no objectivo de garantir que os proveitos da actividade criminosa não são reinvestidos na prática de novos factos ilícitos típicos”; Em terceiro “evitar que a acumulação de riqueza nas mãos dos criminosos possa desvirtuar as regras de concorrência do mercado, através de investimentos em actividades empresariais lícitas.”<sup>106</sup>

Existem ainda outros motivos para rejeitar a nossa definição de investigação financeira ou patrimonial. Acresce ao que se disse o facto da investigação poder ultrapassar a fase do inquérito (e nós limitávamos a investigação a esta fase processual). Conforme resulta da Lei n.º 30/2017, nas disposições complementares e finais, prevê-se, no art.º 20.º, que a “investigação financeira ou patrimonial” possa realizar-se mesmo depois da condenação. Mesmo antes da alteração legislativa o limite temporal da investigação (no âmbito da perda alargada) já se podia prolongar para lá do encerramento do inquérito. Tal situação estava prevista na Lei 5/2002, art.º 8.º n.º 2, quando se admitia que o Ministério Público podia, mesmo após a acusação, até ao

---

<sup>105</sup> Contra vide Hélio Rigor Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”, op. cit. pág. 66, quando nos diz que uma das quatro finalidades da investigação financeira ou patrimonial é “assegurar que os objetos ou instrumentos perigosos (ou contaminados com a infração) são afastados da sociedade.”

<sup>106</sup> Idem. pág. 66

trigésimo dia anterior à data designada para a primeira audiência de julgamento, ainda promover a liquidação com o montante apurado como devendo ser perdido a favor do estado. Daquela disposição retiramos que havia uma parte da investigação financeira ou patrimonial que se podia realizar depois do encerramento do inquérito. Olhando para trás a nossa definição não era precisa e face ao direito vigente tornou-se definitivamente errónea. De facto a Lei n.º 30/2017, no art.º 20.º, diz que a investigação financeira e patrimonial pode realizar-se mesmo depois da condenação. Este espaço temporal tem, contudo, uma finalidade que é identificar e rastrear bens a declarar perdidos a favor do estado. A situação que o legislador consagra na alínea a) deste artigo são as hipóteses em que há lugar a declaração da perda pelo valor correspondente aos instrumentos, produtos, vantagens que não foram encontrados na esfera do arguido (ou em certos casos de terceiros), nos termos das normas da perda de bens do Código Penal. Na alínea b) é prevista a situação da extensão temporal ao caso de ter sido decretada a perda alargada prevista na Lei 5/2002 e não tenham sido encontrados bens para garantir o valor declarado perdido. Esta alteração legislativa visa as situações em que o arguido escondeu o património para dele usufruir depois dos holofotes da justiça se apagarem sobre ele. Não mais poderá fazê-lo sem olhar por cima do ombro. Obviamente a perseguição da justiça não será até ao dia do “juízo final” ou “*ad eternum*”.<sup>107</sup> Por último, a razão para rejeitarmos a nossa própria definição de “investigação financeira ou patrimonial” sucede porque temos atualmente um modelo diferente em mente para o futuro desta investigação. Nesse sentido idealizamos a possibilidade de se recorrer a mecanismos extrapenais para proceder à recuperação de ativos, como preconizado pelo autor Eric Barin. Ou seja, hoje, idealizamos uma autonomia maior do “instituto” da recuperação de ativos, inclusive do direito adjetivo do CPP. Como naquela definição dizíamos que as normas do CPP eram as aplicáveis à investigação financeira ou patrimonial, sucede que, face ao nosso entendimento atual, tal deverá ser omitido da definição.

---

<sup>107</sup> Como nos diz João Conde Correia, “*O poder estadual tem que ter limites.*” E “*A partir de determinado momento, o condenado tem direito à sua paz jurídica. Sempre que a pena já não possa ser executada por, entretanto, ter decorrido o prazo para a sua prescrição, também a execução do confisco se torna impossível e, logo, a investigação patrimonial e financeira ilegítima (art.º 112.º A, n.º 1 do CP). Continuar a investigar será, então, inadmissível. Já se não tiver sido aplicada uma pena ou uma medida de segurança – confisco não baseado numa condenação nos termos dos artigos 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5, do Código Penal – aplicam-se os prazos de prescrição do procedimento criminal. A partir desse derradeiro momento será, igualmente, inviável proceder à investigação patrimonial e financeira.*” vide “*Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português*”, op. cit. pág. 59

A investigação até à aprovação da Lei n.º 45/2011 só “*existia essencialmente por estímulo do labor da doutrina que se dedicava a estas matérias, embora não assumisse na prática uma aplicação considerável.*”<sup>108</sup> Atualmente, tal já não sucede. As referências a esta investigação encontram eco na Lei 5/2002, bem como na Lei 30/2017, além da 45/2011. Apesar das várias referências à investigação, continua a inexistir normas processuais específicas aplicáveis à investigação, para além daquela prevista no art.º 4.º n.º 5 que nos diz que os procedimentos realizados pelo GRA são documentados num apenso ao próprio processo. Salvo melhor opinião, as diligências que se realizarem no âmbito da presente investigação são vertidas para um apenso ao processo-crime. À parte desta referência o n.º 3 deste artigo contem uma norma remissiva para as disposições das apreensões de bens previstas no Código de Processo Penal relativas às apreensões realizadas pelo GRA. Tudo o mais no que diz respeito aos meios de prova, bem como aos meios de obtenção de prova não existe uma disposição expressa a estabelecer essa aplicabilidade direta. Se é verdade que a tramitação da investigação verte para um apenso ao processo-crime não espanta que o direito adjetivo aplicável seja o direito codificado no CPP. Por este razão é natural que haja uma associação da investigação financeira e patrimonial a uma natureza penal. Esta parece ser a única solução no ordenamento jurídico atual pelo facto de não vermos outro regime que melhor se aplique *in caso*. Todavia, parece-nos que, salvo melhor opinião, este sistema normativo adjetivo pode não conter em si todas as soluções, ou melhor, não preconizar as soluções que melhor se adaptam à investigação. Em concreto podem surgir problemas de articulação entre os elementos de prova recolhidos na investigação financeira e patrimonial com a investigação criminal. O autor João Conde Correia questiona-se se os indícios recolhidos na investigação financeira e patrimonial podem ser utilizados contra o arguido por exemplo em sede julgamento para efeitos de condenação? A esta pergunta o autor responde que sim desde que com observância das normas de produção, valoração da prova nomeadamente a disposição do art.º 340 do CPP. A nós também nos parece que esta é a solução atualmente vigente, todavia, não é a ideal.

No que concerne ao uso de meios de prova a nossa experiência diz-nos que se recorre maioritariamente à documental. Um vasto número de documentos que são juntos ao apenso são obtidos pelas pesquisas feitas pelos funcionários do GRA (Autoridade

---

<sup>108</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua*”, op. cit. pág. 66

Tributária e Aduaneira e Instituto de Registos e Notariado) nas bases de dados de que estes dispõem. A título meramente exemplificativo o GRA acede diretamente, no âmbito das investigações financeiras e patrimoniais, às declarações de rendimentos das pessoas singulares e coletivas, a escrituras públicas de aquisição de imóveis, registos de viaturas, assentos de nascimento, matrícula das pessoas coletivas. Ora, diz-nos o autor João Conde Correia que,

*“circunscrever as ferramentas do GRA à consulta destas bases de dados, mesmo que na generalidade dos casos seja suficiente, seria, no entanto, uma mera simplificação redutora. Pelo menos em casos excepcionais, outros meios de prova têm de ser convocados.”* Por isso defende que haverá necessidade de se ir mais longe. A este propósito diz-nos que *“(..)para demonstrar que um determinado bem, apesar de registado em nome de um terceiro, é efetivamente, propriedade do visado ou está no seu domínio e benefício [art.º 7.º, n.º 1, alª a), da Lei n.º 5/2002], o **GRA terá de utilizar outros meios de prova** que, in caso sejam aplicáveis (art.º 125.º do CPP).”*<sup>109</sup>

No nosso trabalho verificamos que não é incomum, por exemplo, o suspeito não registar uma determinada viatura em seu nome para não fazer soar os alarmes e o património continuar “fora do radar” das autoridades. Esta situação pode ser percecionada pelo seguro automóvel que consta em nome do arguido ou porque a viatura foi apreendida na posse do arguido. Para comprovação desta situação poderá ser necessário proceder à inquirição do titular inscrito no registo automóvel e determinar a verdadeira propriedade.

*“Não obstante o aparente silencio do legislador, que apenas especificou o acesso a estas bases de dados, **todos os meios de obtenção de prova valoráveis pela investigação criminal, podem ser igualmente aqui utilizados.**”* Para este entendimento o autor baseia-se na norma que diz que o GRA tem *“atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal”* e em tal caso pode *“nas suas investigações, utilizar, portanto, as ferramentas processuais penais que aqueles utilizam.”*<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> João Conde Correia, *“Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português”*, op. cit. pág. 57

<sup>110</sup> Idem. op. cit. pág. 58



Uma investigação financeira e patrimonial é essencial para se proceder a uma recuperação de ativos. A transposição da diretiva não veio solucionar nem criar um regime processual próprio para a investigação financeira e patrimonial. Todas as reflexões *supra* referidas sobre meios de prova e meios de obtenção de prova servem para concluir que inexistem normas processuais específicas aplicáveis à investigação financeira e patrimonial. Impunha-se a criação de um regime próprio. Neste sentido o autor Jorge dos Reis Bravo, a propósito da novidade desta investigação poder realizar-se após a condenação, diz-nos que,

*“dado o grau crescente de complexidade das questões do confisco (clássico e alargado) tal tornaria justificada (..) a ponderação da reformulação e autonomização normativa, eventualmente em diploma próprio, do conjunto de questões de índole substantiva e processual dos temas gerais do confisco (..)”*<sup>111</sup>

Face ao direito vigente o regime do CPP continua a ser a solução de recurso, mas acreditamos que esta investigação podia ganhar se tivesse uma autonomia maior, inclusive do direito adjetivo do CPP. Com esta autonomização, face ao regime processual penal, a investigação poderia ser vista como um mecanismo extrapenal para proceder à recuperação de ativos. Ou seja, hoje, idealizamos um regime processual próprio onde se regulasse quer os meios e os métodos legais de obtenção de prova.<sup>112</sup> Por isso a nossa ideia atual para uma noção de investigação financeira ou patrimonial faz-nos definitivamente abandonar o conceito anteriormente avançado.

---

<sup>111</sup> Jorge dos Reis Bravo, “Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada – Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos”, *“O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a tras pôs”*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pág. 331-332

<sup>112</sup> Como nos diz João Conde Correia, em “Reflexos Da Diretiva 2014/42/EU(..)”, op. cit. pág. 88, ***“Quase não há um diploma extravagante que não contenha normas específicas relativas à perda de bens, muitas vezes, difíceis de compatibilizar e articular com o regime geral. Fora do nosso Código Penal reina a confusão e a desordem generalizada.”*** Este autor enumera os seguintes regimes especiais: DL n.º 28/84, de 20 de janeiro (infrações contra a economia e a saúde pública); Lei n.º 63/85, de 14 de março (Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos); DL n.º 422/89, de 2 de dezembro (lei do Jogo); DL n.º 15/93, de 22 de janeiro (Tráfico e Consumo de Estupefacientes); DL n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários); Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias); DL n.º 36/2003, de 5 de março (Código da Propriedade Industrial); Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

De facto, o legislador nacional não soube aproveitar a oportunidade para criar um regime processual próprio, bem como resolver as questões de duplicações de regimes substantivos existentes. Quanto à definição propriamente dita, e pelo que dissemos, a nossa conclusão é de estarmos mais próximos do conceito enunciado por Vicente Corral Escariz do que do nosso.

## §

Outra questão que a título acessório gostaríamos de referir sobre esta investigação relaciona-se com o emprego da conjunção “ou” em detrimento da conjunção “e”<sup>113</sup> entre patrimonial e financeira. A conjunção “ou” insere-se nas *“conjunções disjuntivas que exprimem exclusão ou alternativa”* ao passo que a conjunção “e” integra *“as conjunções copulativas servem apenas para ligar palavras e orações”*.<sup>114</sup> Nesse sentido a conjunção “ou” pode exprimir a ideia ou se faz uma investigação financeira “ou” se faz uma investigação patrimonial. O uso de tal conjunção consta como referido do n.º 1 do art.º 4.º da Lei 45/2011, de 24 de junho, mas, também, atualmente do art.º 12-A, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, na redação dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, bem como ainda nesta lei no art.º 20.º. Esta questão pode parecer de somenos, mas coloca-nos, aparentemente, perante a hipótese de termos de escolher entre uma ou outra, quando na realidade as duas complementam-se. O emprego da conjunção “ou” entre financeira ou patrimonial faz crer que existindo uma investigação financeira não poderá existir simultaneamente uma investigação patrimonial e vice-versa. O que não faz sentido. O nosso entendimento neste aspeto é que melhor teria andado o legislador se tivesse empregue a conjunção “e”. Se assim fosse dúvidas não restariam de que a simultaneidade ou coexistência das duas investigações, a financeira e a patrimonial, existiriam. A verdade é que elas coexistem e são feitas em simultâneo por exemplo nos casos do regime especial de perda de bens a favor do estado previsto nos artigos 7.ºss da Lei 5/2002. Esta perda alargada vai obrigar a que se analise todo o património, bem como os ativos financeiros. Não será pela omissão da conjunção “e” que se deixará de investigar o que houver por investigar no âmbito da recuperação de ativos.

---

<sup>113</sup> No essencial o que agora se diz corresponde ao problema sobre o qual nos pronunciámos anteriormente, *vide* Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho, *“Investigação Financeira e Investigação Patrimonial”*, op. cit. pág. 6-8

<sup>114</sup> Conforme pesquisa feita na página da internet em 16 de maio 2018: <https://www.flip.pt/FLiP-On-line/Gramatica/Morfologia-Partes-do-discurso/Conjuncao>

## II

### II. Da Perda

#### 2.1 A declaração de perda dos objetos e vantagens a favor do Estado

Acima acolhemos a distinção preconizada pela doutrina entre as medidas que criminalizam o lucro *per si* das medidas que retiram consequências jurídicas sobre esse mesmo lucro injustificado obtido através da prática de ilícitos criminais. A distinção feita nestes termos reportava-se, todavia, ao lucro, ou seja, às vantagens obtidas através das infrações penais cometidas.

A questão que agora se coloca é se tal distinção faz ainda sentido relativamente a toda e qualquer declaração de perda de objetos que não constituam uma vantagem, sejam eles instrumentos ou produtos. Sem nos adiantarmos sobre a natureza jurídica da perda dos instrumentos e produtos (ou das vantagens) parece-nos que a declaração de perda de todos estes objetos constitui, em si mesmo, uma consequência jurídica dos ilícitos típicos cometidos. Por isso entendemos que continua a fazer sentido falar-se em consequência jurídica no âmbito da declaração de perda dos instrumentos e produtos e não só quando está em causa o lucro/vantagem. Se nos parece que faz sentido falar em consequência jurídica no âmbito da declaração de perda dos objetos (e das vantagens) independentemente da categoria dogmática onde os mesmos se insiram também nos parece que não faz sentido falar de uma declaração de perda no que se refere às medidas que criminalizam o lucro por si mesmo. No caso paradigmático apontando do crime de branqueamento de capitais a verdade é que o lucro propriamente dito é também declarado perdido através do instituto da declaração de perda. Dito de outra forma, as vantagens *branqueadas* através do crime de branqueamento de capitais terão de ser declaradas perdidas como vantagens do ilícito típico através de uma declaração de perda. Deste ponto de vista esbate-se a destrição feita entre medidas que criminalizam e

as medidas que retiram consequências jurídicas. No fundo toda a declaração de perda é uma consequência jurídica independentemente do ilícito base também criminalizar o lucro *per se* como são os exemplos dos crimes de branqueamento de capitais ou ainda, em abstrato, o enriquecimento ilícito.

A **declaração de perda constitui uma consequência jurídica** inserindo-se dentro do direito substantivo por contraposição aos mecanismos adjetivos de natureza processual destinados a efetivar essa mesma declaração de perda. Em termos de direito substantivo existem diversos diplomas que regulam a declaração de perda<sup>115</sup> e a doutrina distingue duas categorias onde todos esses regimes se inserem. Nesse sentido é costume diferenciar-se entre a “perda clássica” da “perda alargada”. O que subjaz à distinção das duas categorias “**perda clássica**” e “**perda alargada**” é a necessidade de naquela se exigir uma relação causal entre o facto ilícito típico praticado e os objetos/vantagens que deverão ser declarados perdidos, enquanto que no confisco alargado essa demonstração não tem de ser feita. Se na ordem jurídica interna quando se fala de “perda alargada” (também apelidada por alguns autores de “perda ampliada”) reportamo-nos ao regime relativo à perda de bens previsto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, por outro lado, quando se fala em “perda clássica” a doutrina reporta-se geralmente ao regime de perda de bens previsto no Código Penal. Todavia, a distinção das duas categorias feita nos moldes preconizados faz-nos ter um entendimento de que dentro da “perda clássica” farão parte, também, outros regimes de perda de bens. Exemplo típico é o regime previsto no Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, art.ºs 35ss, relativo ao Tráfico e Consumo de Estupefacientes. De resto neste mesmo sentido diz-nos Hélio Rigor Rodrigues que a,

*“Perda clássica ou tradicional é aquela que exige a demonstração do vínculo existente entre o facto ilícito típico em investigação e aquele bem concreto, susceptível de ser declarado perdido, de que é exemplo paradigmático a perda dos instrumentos produtos e vantagens previstas nos artigos (...) do Código Penal, ou a perda de objetos, coisas ou direitos*

---

<sup>115</sup> João Conde Correia, em “Reflexos Da Diretiva 2014/42/EU (...)”, op. cit. pág. 88, enumera alguns regimes especiais: DL n.º 28/84, de 20 de janeiro (infrações contra a economia e a saúde pública); Lei n.º 63/85, de 14 de março (Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos); DL n.º 422/89, de 2 de dezembro (lei do Jogo); DL n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários); Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias); DL n.º 36/2003, de 5 de março (Código da Propriedade Industrial); Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

*relacionados com o facto, no âmbito dos artigos 35.º a 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.”*<sup>116</sup>

Relativamente à designação “perda alargada” a mesma passou a ter consagração legal expressa com a redação dada pela Lei n.º 30/2017 à Lei 5/2002 cuja epígrafe da seção do regime especial de perda de bens passou a designar-se exatamente por “perda alargada”. Para este autor,

*“poderemos entender por perda alargada ou ampliada a modalidade de perda de bens prevista nos artigos 7.º a 12.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que incide sobre o valor do património incongruente e cujo vínculo com a actividade criminosa resulta de uma presunção legal (ou seja, embora se continue a exigir essa conexão, a lei presumiu a sua existência).”*<sup>117</sup>

No que à “perda clássica” diz respeito a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio,<sup>118</sup> trouxe consigo alterações significativas às disposições da perda dos instrumentos, produtos e vantagens estatuídos no Código Penal. Uma das alterações que nos merece destaque ocorre no atual art.º 110.º n.º 5 do CP quando diz que *“o disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.”* Tratando este novo artigo da perda de produtos, mas também da perda das vantagens dá-se uma alteração que passa por a perda de vantagens poder ocorrer mesmo

---

<sup>116</sup> Hélio Rigor, Rodrigues, *“Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”*, op. cit. pág. 71, notas de rodapé 20 e 21

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> Jorge Dias Duarte, em *“Breve cometário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”*, Revista do Sindicato do Ministério Público, n.º 89, 1.º Trimestre de 2002, Lisboa, pouco tempo depois da aprovação da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, veio manifestar-se nos seguintes termos: *“a lei ora em análise **introduz alterações substanciais**, com repercussão não só ao nível do direito processual penal, como também mesmo implicando com normas consagradas no código penal – maxime, as constantes do artigo 109.º, artigo 110.º, e artigo 111.º - bem como em legislação avulsa (maxiem, o Decreto-lei N.º 15/1993, de 22 de janeiro) as quais se manterão em vigor, e, ainda assim, nada se esclarece quanto à eventual compatibilização de regimes aparentemente contraditórios, pois que, uma vez mais, nada foi dito quanto às concretas preocupações que terão animado o legislador nacional (maxime num preâmbulo que, no caso, inexistente).”* Ora se aquele autor era crítico pela falta de harmonização das normas dos vários diplomas legais naquele tempo sê-lo-ia agora também. Do nosso ponto de vista o maior problema é a proliferação de regimes de perda e que se agravou com a Lei n.º 30/2017. A título exemplificativo a declaração de perda dos instrumentos do crime no caso do regime de tráfico de estupefacientes pode subsumir-se no regime próprio do tráfico de estupefacientes e no art.º 12.º-B da Lei 5/2002. Nesta situação parece-nos que existe um conflito positivo encontrando-se, eventualmente, estes dois regimes no mesmo plano e aptos a regular a perda. Aqueles problemas referidos pelo autor já vinham de trás e foram agora agravados com a aprovação da Lei n.º 30/2017.

nos casos em que não exista um crime. Dito de outro modo, num crime há que observar pela existência de um facto, ilícito, típico e culposo, mas na nova redação da perda das vantagens parece que se prescinde deste elemento, na medida que se diz que a mesma (a perda) opera independentemente da culpa, isto é, *“ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto”*. Este entendimento, de resto, era já defendido como uma possibilidade pela doutrina mesmo na redação anterior do artigo relativo à perda das vantagens (art.º 111.º do CP)<sup>119</sup>. Mas a nova redação não deixa margem para dúvidas e permite que haja uma declaração de perda das vantagens obtidas decorrentes da prática do facto ilícito típico mesmo que: 1) o facto tenha sido praticado por um inimputável; 2) quando o agente tenha falecido antes do apuramento das responsabilidades jurídicas penais do cometimento do facto ilícito típico; 3) ainda no caso de o crime não ter sido consumado e 4) no caso de contumácia. De facto esta alteração operada pela Lei n.º 30/2017 constitui um marco incontornável no combate às vantagens obtidas pelos agentes dos factos ilícitos típicos. A exposição de motivos da proposta de Lei n.º 51/XIII, que visou transpor a Diretiva n.º 2014/42/UE, e que deu lugar à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, deu voz às preocupações sobre a criminalidade que tem por principal objetivo o lucro. Ai é dito que *“A fim de combater este fenómeno (...) as autoridades devem dispor dos meios adequados não só para a repressão do crime, como também para a deteção, a apreensão, o arresto, a administração e a*

---

<sup>119</sup> Para vários autores (- v.g Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.º edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 460 nota 2 -) a declaração da perda das vantagens, mesmo na anterior redação do artigo (prévia à Lei 30/2017), não exigia o cometimento de um crime, já que a lei falava em “facto ilícito típico”, art.º 111.º n.ºs 1 e 2. E tal tese era já defendida, a propósito do CP na versão anterior a 1995, por Figueiredo Dias (e contra estava Damião da Cunha, embora o art.º do CP a que este autor se referia dava uma ajuda neste entendimento por utilizar o vocábulo “crime”). Mas parece-nos que este argumento pode ser usado ao contrário também. Vejamos, por exemplo, a redação do CP de 1982 falava-se em declaração de perda dos instrumentos e produtos do “crime”, art.º 107.º, e tal não significava que se devia fazer uma interpretação literal do termo “crime”, até porque o vocábulo “crime” não era usado em termos técnicos. Neste sentido Figueiredo Dias dizia-nos que ao prever no n.º 2 do art.º 107.º que a declaração de perda tinha ainda lugar mesmo que nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto e por isso o “crime” exigido seria antes um “facto ilícito típico”. Seguindo este entendimento julgamos que inexistindo uma norma no antigo art.º 111.º com o teor *“mesmo que nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto”*, tal implicava que o uso no corpo do artigo do conceito “facto ilícito típico” não significava afinal que não seria exigível um “crime” no sentido técnico do termo. De facto parece-nos que o legislador do CP de 1995 substituiu a eito o vocábulo “crime” em todas as disposições relativas à perda por “facto ilícito típico”, mas no caso das vantagens omitiu uma norma como aquela referido que permitisse prosseguir com uma declaração mesmo que no caso nenhuma pessoa pudesse ser punida, ao contrário, da versão mais recente, agora art.º 110.º (n.º 5) do CP. Para desenvolvimento deste assunto voltaremos aquando da análise da natureza jurídica da perda das vantagens.

*decisão de perda dos produtos e vantagens por ele gerados.*” Dessa forma é ainda dito que a par da repressão do fenómeno através da estatuição de molduras penais adequadas *“assumem-se como mecanismos eficazes de combate ao crime gerador de avultados lucros(..)”* a existência de meios direcionados para a perda dos instrumentos, dos produtos e das vantagens do crime. Com este foco, para enfrentar o fenómeno, já a própria diretiva, no ponto (15) dos considerandos previa a possibilidade de *“(..) Se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá todavia continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido.”*(a ideia avançada nos considerandos é depois consagrada no próprio corpo da diretiva no art.º 4.º n.º 2). Posteriormente, a transposição feita da diretiva levou a que, neste ponto, houvesse uma abertura maior do que o mínimo exigível pela mesma, ocorrendo a perda nos casos acima referidos, que no fundo não exigem a ocorrência de um crime, mas não se confinando somente a estas situações que poderiam ser subsumidas a uma ausência “momentânea”, isto é, casos de doença ou fuga do suspeito/arguido, e que levariam à aplicação da figura da contumácia. Assim, ao transpor a diretiva o legislador nacional decidiu, parece-nos, ir mais além. Não se ficou pela obrigatoriedade mínima, dessa forma a perda pode ocorrer mesmo em caso de morte do agente e quando este nem sequer tenha chegado a ser condenado. A declaração de perda pode ocorrer independentemente de serem apuradas as responsabilidades jurídico-penais do agente ou da culpa do mesmo por se ter verificado uma situação superveniente, no caso, a morte do infrator. Ora a morte do agente é uma causa de extinção da responsabilidade criminal. Tal decorre expressamente do artigo 127.º do CP que no n.º 1 diz que *“A responsabilidade criminal extingue-se ainda pela morte(..)”*. Por esse motivo o legislador foi obrigado a aditar o n.º 3 ao artigo 127.º a dizer que *“A extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado.”* A inexistência desta norma no CP na redação anterior à Lei n.º 30/2017 podia colocar em causa a própria perda dos instrumentos e dos produtos apesar de nos termos do antigo art.º 109 n.º 2 do CP já se prever uma declaração de perda nos casos em que nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto.

\*\*\*

## 2.2 Instrumentos, Produtos e Vantagens

*Instrumentum Sceleris, Objetum Sceleris, Fructum Sceleris*

Jorge Figueiredo Dias diz-nos que “*Instrumentos do crime*” correspondem aos “*objectos (coisas) utilizados como meio(s) de realizar o crime*”. Adianta como exemplos de instrumentos “*a pistola no homicídio; a navalha na ofensa corporal; o automóvel no qual se transporta o contrabando, ou a vítima para o local em que é violada, ou com o qual se atropela alguém, ou no qual se foge do local do acidente, omitindo o auxílio; ou a impressora na qual se imprime moeda falsa.*”<sup>120</sup> Por outro lado afirmava que mais problemática se afigurava a definição de “*produto do crime*”. Desmistificava este professor que “*Ao contrário do que costuma pensar-se, «produto» não se identifica com vantagens retiradas do crime, mas com objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa.*” A título exemplificativo este autor indicava “*a moeda contrafeita, o documento falsificado, a arma fabricada em violação das regras ou autorizações legais, etc.*” Estas palavras proferidas sobre o Código Penal de 1982 (anterior art.º 107.º) mantiveram-se atuais face à redação do CP de 1995 e mantêm ainda na redação mais recente dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Nas redações do CP de 1982 e de 1995 as duas figuras – instrumentos e produtos - estavam reguladas num só artigo (art.º 107.º no CP de 1982 e art.º 109.º no CP de 1995). Na redação atual as duas figuras foram separadas em dois artigos distintos. Os instrumentos mantêm-se regulados no art.º 109.º e os produtos estão agora previstos no art.º 110.º. Apesar desta mudança a distinção feita continua válida como nos ensinava aquele professor. Na redação atual os conceitos ficaram expressamente definidos. Assim, nos termos do art.º 109.º n.º 1, são considerados instrumentos de facto ilícito típico “*todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática.*” No que aos produtos se reporta são assim considerados “*todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática*”, ex vi art.º 110.º n.º 1 al. a).

Da leitura das disposições atuais, bem como das precedentes parece resultar que quer os **instrumentos** quer os **produtos** têm de ser **coisas corpóreas** ao contrário das vantagens em que se fala de coisas, direitos e vantagens (*stricto sensu*).

Figueiredo Dias no CP de 1982 questionava,

---

<sup>120</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “*Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime*”, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 618



*“Duvidoso é logo se por objectos se entendem apenas coisas corpóreas ou se (..) também coisas incorpóreas, isto é, direitos.” Este autor inclinava-se para uma interpretação restritiva “Decisivo a favor de uma interpretação estrita de objetos como «coisas» é que (..) a perda só atinge objectos que possam revelar-se criminalmente perigosos, o que não pode ser em si, a todas as luzes, o caso dos direitos.”<sup>121</sup>*

Ora se é verdade que a redação atual sobre a perda dos instrumentos e dos produtos continua a falar-se expressamente em objetos o que tem o condão de tornar a argumentação usada pelo professor Figueiredo Dias plena de atualidade também nos parece que na sociedade digital onde nos encontramos o instrumento do crime pode ser uma coisa incorpórea como um programa informático com o qual se pratica o crime de sabotagem informática, p.e.p no art.º 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. Claro que se pode argumentar que neste caso o instrumento do crime é o computador ou o equipamento tecnológico onde o programa informático foi criado e difundido, mas também nos parece que o próprio programa constitui em si mesmo um instrumento do crime além do computador. Se não defendermos este entendimento, hipoteticamente podíamos depararmo-nos com o seguinte cenário, o infrator após usar o computador para criar o vírus informático criava uma cópia do mesmo na “nuvem” (ou no inglesismo e mais conhecido por “cloud”). Nesta situação que legitimidade teria o tribunal para declarar a perda e ordenar que o programa informático fosse destruído, nos termos do art.º 109.º n.º 4 do CP? Também não nos parece razoável ou legítimo que o “servidor” onde esteja armazenado o vírus na “nuvem” seja ele considerado o instrumento, até porque quem controla o “servidor” pode nada ter a ver com quem criou o vírus. Todavia, se não considerássemos o programa informático como instrumento do crime teríamos obrigatoriamente de o considerar como produto do crime, isto é, objeto criado ou produzido pela atividade criminosa, o que nos colocaria na mesma situação da declaração de perda ter de incidir sobre coisas incorpóreas. Por isso se partilhamos a dificuldade sentida pelo ilustre professor Figueiredo Dias de ver num direito um instrumento ou produto do crime não conseguimos concluir da mesma maneira, fruto do exemplo enunciado contemporâneo da modernidade tecnológica/digital, apesar de, como se disse, a redação atual do CP continuar genericamente igual à do CP de 1982

---

<sup>121</sup> Idem, pág. 617

quando aquele autor se pronunciou. Face ao exposto admitimos que os objetos que podem ser declarados perdidos como instrumentos ou produtos de um ilícito sejam coisas incorpóreas. Duas ressalvas, a primeira é de que a tese que defendemos da admissibilidade da perda dos instrumentos e dos produtos do ilícito típico poderem versar sobre coisas incorpóreas não é originariamente nossa. João Conde Correia avança exatamente no mesmo sentido. A segunda ressalva é de que apesar do exemplo apresentado parecer-nos adequado para demonstrar a possibilidade da existência de instrumentos e produtos que constituam coisas incorpóreas e dessa forma suscetíveis de serem declarados perdidos a favor do estado, a verdade, no exemplo avançado, o regime aplicável seria o regime da perda da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, (Lei do Cibercrime). Esta lei prevê um regime próprio de perda de bens no art.º 10.º. Neste artigo 10.º n.º 1 é dito que *“O tribunal pode decretar a perda a favor do Estado dos objectos, materiais, equipamentos ou dispositivos que tiverem servido para a prática dos crimes previstos na presente lei(..)”*. Porém sem nos querermos alongar muito sobre este regime específico a primeira leitura parece indicar que na Lei do Cibercrime os únicos bens suscetíveis de serem declarados perdidos são os instrumentos. Da previsão legal deste diploma não parecem fazer parte os produtos ou as vantagens porque só os instrumentos é que podem ter *“servido para a prática dos crimes”*. Assim, ou as coisas incorpóreas como o programa informático (vírus informático), são declaradas perdidas como instrumento do crime, pelo aludido art.º 10.º n.º 1, ou, então, ter-se-ia de se socorrer subsidiariamente do dispositivo geral da perda previsto no CP. Se é certo que há outros autores que mais recentemente, passados mais de 20 anos sobre a posição inicial de Figueiredo Dias, (quanto a impossibilidade de perda de coisas incorpóreas como instrumentos e produtos do crime) como Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues, vieram defender a corporeidade dos instrumentos, usando para o efeito a mesma argumentação daquele autor e que *“A noção de «objecto» prevista no artigo 109.º exige corporeidade, uma vez que dificilmente se poderá considerar perigoso um direito.”*<sup>122</sup>, nesta matéria seguimos o entendimento de **João Conde Correia**.

Este autor é claro quando nos diz que,

***“As coisas corpóreas e incorpóreas, utilizadas no cometimento do crime ou dele resultantes, que sejam perigosas nos termos do artigo 109.º, n.º 1, parte final, do Código Penal, devem, seja qual for a decisão final, ser***

---

<sup>122</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, *“Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”*, op. cit. pág. 180

*confiscadas.*”<sup>123</sup>. De resto este autor fornece os seguintes exemplos, que vão de encontro aos indicados por nós, “(..) Assim, o programa informático utilizado para burlar outrem (instrumento do crime) ou o ficheiro informático que contém pornografia de menores (produtos do crime) também devem ser declarados perdidos. A interpretação restritiva (apenas as coisas corpóreas podem ser declaradas perdidas) de Jorge de Figueiredo Dias (..) parece estar hoje desatualizada.”<sup>124</sup>

Além dos exemplos mencionados este autor reforça esta mesma ideia com o argumento de que as coisas incorpóreas vêm referidas na redação do próprio art.º 110.º n.º 3 (correspondente ao art.º 111.º n.º 4 na atual redação do CP) como podendo ser declaradas perdidas. No caso a disposição (aplicável aos instrumentos, produtos ou vantagens) fala em “inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual (..)”

A declaração da perda das vantagens (reguladas no art.º 109.º no Código Penal de 1982, epígrafe “a perda de coisas ou direitos relacionados com o crime”, passaram para o artigo 111.º na redação do CP de 1995, epígrafe “perda de vantagens”) com a redação dada após a transposição da diretiva, passaram a estar reguladas no art.º 110.º e com epígrafe “perda de produtos e vantagens”.

A redação do CP de 1982 sobre esta matéria prestava-se a equívocos como nos dizia Figueiredo Dias. Este autor dizia-nos que a disposição legal (antigo art.º 109.º) “suscita um complexo problema de delimitação das fronteiras” comparativamente com o normativo da perda dos instrumentos e produtos (antigo artigo 107.º n.º 2) porque ali era dito que eram “ainda perdidos a favor do Estado, os instrumentos, objectos ou produtos do crime não abrangidos pelo disposto no artigo 107.º (..)” O entendimento deste autor sobre aquela disposição era que,

“A essência político-criminal da regulamentação contida no art.º 109.º parece só poder alcançar-se quando se parta da ideia de que ela é editada em função dominante (senão mesmo exclusiva) da **perda de qualquer vantagem patrimonial** derivada do facto ilícito-típico; atribuindo-se à expressão «vantagem» (..) um **sentido amplo** que abrange tanto a recompensa dada ou prometida aos agentes, como todo e qualquer

---

<sup>123</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 67

<sup>124</sup> Idem, pág. 67-68

*benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado.”*<sup>125</sup>

Neste mesmo sentido, de um entendimento amplo de vantagens, dizia-nos Pedro Caeiro (relativamente ao CP na redação anterior à Lei n.º 30/2017) que,

*“Por vantagens relacionadas com o crime entendemos, latamente, os bens que, existindo já à data da prática do crime (de forma a excluir os produtos), passam (ou destinam-se a passar) para a disponibilidade do agente como efeito desse crime, aí se incluindo as recompensas dadas ou prometidas aos agentes de factos ilícitos.”*<sup>126</sup>

Embora as posições dos dois autores parecessem iguais a verdade é que ambos opinaram sobre redações diferentes do artigo do Código Penal. A redação do CP de 1995, sobre a qual Pedro Caeiro se pronunciou, já não contemplava os problemas de interpretação sobre os quais Figueiredo Dias se pronunciou. Apesar da redação melhorada do CP de 1995 para a redação de 1982 a mesma não estava isenta de críticas. A questão que se discutida era se as “recompensas” e as “vantagens” (art.º 111.º n.º 1 e 2 respetivamente) estavam sujeitas a regimes diferentes. A Lei 30/2017 veio finalmente pôr termo a querela. A atual redação da perda das vantagens, art.º 110.º n.º 2, diz claramente que, no conceito de vantagens, incluem-se as recompensas dadas ou prometidas, sujeitando-as ao mesmo regime.

Uma das questões que a nova redação do art.º 110.º permite que se discuta é sobre a alteração da designação de vantagem patrimonial para vantagem económica. A atual redação diz que são declaradas perdidas “*todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto*”. A redação prévia (art.º 111.º n.º 2) dizia-nos que eram também declarados perdidos a favor do estado “*as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie*.” Do confronto da atual para a anterior redação nota-se que o legislador substituiu o vocábulo patrimonial por económica, conforme acima evidenciado. Sobre esta substituição o legislador foi ao encontro do termo usado pela Diretiva 2014/42/UE no art.º 2.º n.º 1. A questão que se coloca agora é

---

<sup>125</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, op. cit. pág. 632

<sup>126</sup> Pedro Caeiro, “Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (...)”, op. cit. pág. 271

se a vantagem “económica”, usada na diretiva e agora no art.º 110.º do CP, contempla as chamadas vantagens não patrimoniais.

Nos crimes previstos na secção “Da corrupção” no CP, art.ºs 372.ºss, fala-se em dois conceitos, as “vantagens patrimoniais” e as “vantagens não patrimoniais”. Dito isto, estamos em crer que na anterior redação do artigo da perda das vantagens do Código Penal havia uma espécie de “lacuna” quanto à declaração de perda das vantagens não patrimoniais na medida em que a declaração só seria dirigível à perda “das coisas, direitos ou vantagens” que representassem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie. Perante isto que legitimidade teria o tribunal para proceder à declaração de perda de uma vantagem não patrimonial? Obviamente que a verificação da existência dessa vantagem não patrimonial seria um dos elementos que teriam de estar preenchidos para que o tipo legal de crime de “recebimento indevido de vantagem”, art.º 372.º, ou do crime “corrupção passiva”, art.º 373.º, ou da “corrupção activa”, art.º 374.º, estivesse preenchido, mas será que a demonstração do crime legitimava a declaração de perda da vantagem não patrimonial com base no regime que vigorava para a perda de vantagens na anterior redação do código penal? E será que a substituição operada pela lei acolhendo o conceito de vantagem económica veio resolver essa questão? Temos dúvidas. A questão não parece ter ficado totalmente resolvida pelo legislador atual. Paulo Pinto de Albuquerque<sup>127</sup> diz-nos, a propósito da vantagem no crime de “recebimento indevido de vantagem” que,

*“é uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, que beneficia objetivamente a situação do funcionário, nelas se incluindo as seguintes ações típicas, entre outras: (1) entregar dinheiro em qualquer forma ao funcionário, (2) fornecer quaisquer bens corpóreos ou incorpóreos e serviços ao funcionário, como refeições, viagens, alojamento em hotéis ou serviços de um massagista ou de uma prostituta, (3) conceder descontos ao funcionário, (4) saldar ou considerar saldadas dívidas ao funcionário, (5) aumentar a reputação social ou profissional do funcionário, como pareceres favoráveis, louvores, honras ou títulos, e (6) manter o status quo do funcionário, não exercendo ações criminais, civis ou disciplinares que teriam fundamento legal contra ele(...)”.*

---

<sup>127</sup> Paulo Pinto Albuquerque, “Comentário do Código Penal (...)” op. cit. pág. 1181-1182

Embora este autor não diferencie os exemplos mencionados nas categorias de vantagens patrimoniais ou das vantagens não patrimoniais nós subsumidos ou enquadrados na primeira categoria o dinheiro recebido, o pagamento de refeições, viagens, alojamento, e serviços de massagistas e prostitutas, bem como perdoar dívidas e na categoria das vantagens não patrimoniais a atribuição de um “louvor”, ou “honras” ou “não exercer ação disciplinar, criminal ou civil”. A linha que separa uns exemplos dos outros pode ser ténue, mas no fundo parece ser a substância económica da vantagem que servia à diferenciação entre patrimonial e não patrimonial naquele tipo legal de crime. Nesse sentido a modificação operada com a atual redação da declaração de perda de vantagens poder parecer, numa primeira linha, ter uma maior abrangência com a introdução da noção de vantagem económica, mas no fundo tal conceito parece-nos ter um alcance idêntico ao de vantagem patrimonial. Nos exemplos referidos e que nós subsumimos na categoria das vantagens não patrimoniais como o “louvor”, as “menções honrosas” e/ou outras quaisquer deste estilo não expressamente agora mencionadas estamos convencidos que não se pode inequivocamente afirmar que os mesmos têm uma componente económica. Nesse sentido, a declaração de perda de um “louvor”, nos termos do art.º 110.º n.º 1 al. b) do CP, recebido por um funcionário no âmbito de um crime de recebimento indevido de vantagem, dificilmente caberá naquela disposição. Contra esta ideia parece estar João Conde Correia por parecer incluir a atribuição de louvores, honras e títulos na noção de vantagem patrimonial constante da anterior redação relativa à perda de vantagens (como referido anterior art.º 111.º do CP). Nas suas palavras era declarado perdido “*tudo o que signifique um enriquecimento patrimonial do visado*”. Este autor apenas deixava de fora “*os bens puramente imateriais, sem qualquer valor comercial (v.g. os afetos ou os interesses pessoais)*”.<sup>128</sup> Embora estivéssemos em crer que na vigência da anterior redação a referida vantagem não fosse subsumível na categoria de uma vantagem patrimonial sempre seria mais fácil argumentar nesse sentido com a ideia de que o “louvor” poderia integrar uma ideia ampla de património imaterial do currículo académico/profissional do referido funcionário, ou seja, traduzir-se numa ideia de enriquecimento patrimonial. Dessa forma nos exemplos mencionados pelo autor Paulo Pinto de Albuquerque, porventura só se enquadravam na noção de vantagem não patrimonial o “não exercício da ação disciplinar, penal ou civil”. E neste caso concreto a impossibilidade de não ser possível

---

<sup>128</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit. pág. 80-81

declarar a perda da vantagem parece-nos uma não questão, quanto muito poderia era exatamente discutir-se a sua instauração e não a sua perda.

Tudo visto a vantagem económica de que se fala no atual artigo 110.º n.º 1 al. b) do CP apela a uma mensurabilidade do ponto de vista económico e parece-nos que os exemplos *supra* dados dos louvores, honras e outros estão omissos daquele normativo. O seu recebimento ou dádiva, nas condições previstas no art.º 372ss do CP, pode constituir crime, a declaração de perda é que nos parece que terá de ocorrer por outra via normativa que não a norma geral do CP. Por isso, para nós, o legislador ao transpor a diretiva nesta parte pode ter querido, além do uso do mesmo vocábulo, alargar a perda às vantagens não patrimoniais e que antes estavam omissas do artigo. No exemplo avançado, parece-nos que, teve o efeito contrário, diminuindo o raio de ação. Menções elogiosas, louvores e honras que não tenham um valor económico, direta ou indiretamente, dificilmente poderão ser consideradas uma vantagem económica.

Acima referimos que a alteração ao artigo das vantagens veio posicionar definitivamente as **“recompensas” como uma subespécie das vantagens**. A técnica legislativa adotada trouxe uma maior clareza e permitiu acabar com a questão que se colocava na anterior redação do antigo relativo à perda das vantagens. que permitia pelo menos as seguintes interpretações: ou, de considerar a recompensa uma figura distinta da vantagem, ou, considerar a recompensa como uma subfigura da vantagem. A interpretação de considerar estarmos perante duas figuras distintas sustentava-se, por um lado, no facto das duas figuras estarem reguladas em números diferentes do artigo do CP, bem como a redação prestar-se ao entendimento de que havia diferentes amplitudes. Ou seja, as recompensas, ao contrário das vantagens, não exigiam a efetiva prática do crime pelo destinatário, sendo confiscadas independentemente do destinatário da recompensa cometer o ilícito. A possibilidade da norma ser interpretada nestes termos foi avançada por Pedro Caeiro (embora o mesmo estivesse contra este entendimento), dizia-nos este autor que,

*“Aparentemente, o regime das recompensas dadas ou prometidas aos agentes de crimes (art.º 111.º, n.º 1, do CP) distingue-se do regime das vantagens adquiridas através da prática de crimes (art.º 111.º, n.º 2) (..) as recompensas ao contrário das vantagens, não pressupõem a efectiva*

*prática de um crime pelo beneficiário, sendo legítimo confisca-las antes que tenha lugar algum crime”.*<sup>129</sup>

**O problema de existirem dois regimes consoante se tratasse de uma recompensa ou de uma vantagem** (em sentido *estricto*) poderia colocar-se, pelo menos, nos tipos legais de crime corrupção ativa, art.º 374.º n.º 1, recebimento indevido de vantagem, art.º 372.º n.º 2 e tráfico de influência, art.º 335.º n.º 2. Nos referidos ilícitos, artigos e números citados, a construção do crime faz-se através da punição do agente que promete dar ao funcionário uma vantagem patrimonial e não patrimonial (estes ilícitos abarcam também as vantagens transmitidas, mas para aquilo que se quer de seguida dizer deixamos esta parte de fora). Para Pedro Caeiro esta promessa de uma vantagem nada mais era do que uma recompensa e, como tal, suscetível de ser declarada perdida nos termos do n.º 1 do art.º 111.º do CP (redação prévia à transposição da diretiva), porque, caso não fosse este o entendimento da norma, na prática poderia acontecer que a promessa feita de dar a vantagem que não tivesse sido transmitida, pelo agente ao funcionário, estaria impedida de ser declarada perdida, porque a declaração de perda das vantagens do n.º 2 do art.º 111 do CP (redação anterior à atual) obrigava a que as mesmas tivessem sido transmitidas, conforme se pode ler na disposição que agora se transcreve: “(..) *tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.*” Ora a fórmula legal obrigava à aquisição da vantagem pelo destinatário da mesma e não se contentava com a promessa de transmissão pelo agente ao funcionário. Ou seja, a promessa de dar uma vantagem por parte de um agente ao funcionário e que não fosse recebida por este seria insuscetível de perda caso se entendesse que haveria dois regimes distintos, um aplicável às recompensas e outro às vantagens. Não seria assim se se entendesse que as recompensas seriam uma subespécie das vantagens. Nesse sentido, além da punição pelo ilícito cometido, a vantagem prometida e não transmitida seria ainda assim declarada perdida ao abrigo do normativo anterior previsto no n.º 1 do art.º 111.º do CP, relativo às recompensas. Pedro Caeiro considerava que se o regime fosse entendido no sentido de não permitir a declaração de perda das vantagens prometidas e não transmitidas referidas nos crimes de “recebimento indevido de vantagem”, art.º 372.º, ou do crime

---

<sup>129</sup> Pedro Caeiro, “*Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (..)*”, op. cit. pág. 271



“corrupção passiva”, art.º 373.º, ou da “corrupção ativa”, art.º 374.º, seria uma perplexidade. Nesse sentido interpretava o artigo da seguinte forma,

*“(..)de juere conditio, as recompensas devem ser vistas como uma mera sub-espécie das vantagens (lato sensu), diferenciada das restantes pela existência de uma relação intersubjectiva entre o agente e um disponente, que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de recompensar. Consequentemente, é possível subsumir no conceito de recompensas todas as atribuições patrimoniais que ainda correspondam ao sentido literal da palavra (no respeito pelo princípio da legalidade), mesmo que se trate de vantagens com relevância típica, permitindo-se assim o confisco, v.g, de bens oferecidos como contrapartida da prática de um crime ainda que não transmitidos.”*<sup>130</sup>

Ora a mais recente redação do art.º 110.º, correspondente ao anterior 111.º do CP, vem expressamente dizer que a recompensa dada ou prometida está incluída no conceito de vantagens daquele artigo *ex vi* art.º 110.º n.º 2 que remete para al. b) do n.º 1 do mesmo artigo. Tal alteração legislativa que teve como motor de arranque a transposição da diretiva não terá sido insensível ao clamor da crítica da doutrina acabando-se por rever nas palavras deste autor de 2011 que defendia a solução que o legislador em 2017 veio acolher na substância.

No que à perda de vantagens diz respeito afluíramos neste trabalho a existência de outros regimes que versam sobre este tipo de matérias, nomeadamente o regime do **Decreto-Lei n.º 15/93**, de 22 de janeiro, sobre tráfico e consumo de estupefacientes bem como a perda alargada prevista na Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Além destes regimes expressamente agora mencionados também fizemos já referência à existência de outros. Não cuidaremos das especificidades de cada um deles. Importa ter presente que o **conceito de vantagens** **andar**á **sempre à volta daquele referido no Código Penal**. Todos exceto o regime da perda alargada. Este regime, como tivemos já oportunidade de dizer, “foge” à regra do “nexo causal”. Mas sobre estas “vantagens” da perda alargada, bem como da perda dos instrumentos e produtos previstos no Decreto-

---

<sup>130</sup> Idem, op. cit. pág. 272

Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, e do próprio Código Penal dedicaremos mais atenção adiante.

Na verdade não abordámos ainda os requisitos normalmente exigíveis para que haja uma declaração de perda. Até à aprovação da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, quer os instrumentos quer os produtos, para serem declarados perdidos, nos termos das disposições do CP, era exigível, além da existência de um facto ilícito-típico, uma perigosidade. Sobre esta perigosidade voltaremos a falar pelo menos a propósito da natureza jurídica da declaração de perda. Por agora e genericamente falando as alterações *supra* mencionadas são na maioria, em nosso entender, benéficas por trazerem uma maior clareza na linguagem usada nas disposições legais. De facto, tal característica – clareza de linguagem – é uma virtude nem sempre evidenciada pelo nosso legislador. Por isso, justiça seja feita à transposição da diretiva para o ordenamento jurídico nacional, nesta parte, pautou-se por uma fixação de conceitos.

### **2.3 Conceito de Instrumentos e Produtos na Diretiva 2014/42/UE, de 3 de Abril (e Bens ou Produtos relacionados com crimes na Lei 45/2011, de 24 de junho)**

No ponto anterior procuramos definir conceitos como instrumentos, produtos e vantagens. Olhando, todavia, para a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de Abril, verifica-se que a mesma procede à distinção de apenas dois conceitos: “produtos” e “instrumentos”. Parece existir uma omissão naquilo que no ordenamento jurídico nacional designamos por vantagens. Nesse sentido uma primeira leitura ao diploma comunitário poderia levar a pensar que o combate à criminalidade que visa o lucro não faria parte do escopo da diretiva, porquanto as vantagens obtidas com a prática das infrações penais estariam omissas da previsão legal. Mas olhando mais atentamente para o art.º 2.º da diretiva, onde se procede à definição de conceitos, verifica-se que no ponto n.º 1., é dito que por “produto” deve entender-se como *“qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis;”*. Ou seja, dentro do conceito de “produto”, tal qual definido na diretiva, fazem parte aquilo que no nosso ordenamento consideramos

por “vantagens”.<sup>131</sup> A diretiva define ainda o que são instrumentos havendo coincidência com o conceito do nosso ordenamento como se verifica pela definição avançada no ponto n.º 3, em que se afirma que os instrumentos são, (...) *quaisquer bens utilizados ou que se destinem a ser utilizados, seja de que maneira for, no todo ou em parte, para cometer uma ou várias infrações penais;*”.

**Comparando os conceitos estabelecidos na diretiva com o regime jurídico português existente no Código Penal** (previamente à alteração ocorrida pela Lei n.º 30/2017, bem como após as modificações feitas por esta lei no referido código), **podemos reiterar que existe uma similitude no conceito de instrumentos na diretiva e o nosso ordenamento jurídico.** Essa similitude é tanto mais visível com o novo art.º 109º do CP (ao contrário da técnica legislativa anterior que juntava no mesmo artigo e número, art.º 109.º n.º 1<sup>132</sup>, quer os instrumentos e os produtos, cabendo ao intérprete subsumir na redação da norma o que eram *instrumentos e o que eram os produtos*) porque a nova redação além de separar as duas figuras da mesma norma, também, optou por apresentar claramente um conceito. Assim, a norma diz que considera como instrumentos “(...) *todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática.*”

Esta alteração parece-nos ser mais de forma do que do conteúdo em si. A redação mais recente do capítulo do Código Penal relativo à perda de instrumentos, produtos e vantagens nota-se, claramente, influência da técnica legislativa da Diretiva que se traspôs. Esta técnica permitiu que as três figuras fossem individualizadas e preenchidos os respetivos conceitos. Como afirmado o artigo 109.º define o que se deve entender por instrumentos e o art.º 110 define no n.º 1 al. a) o que são produtos através da seguinte redação “*Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática*” e na al. b) o que são vantagens, também com a mesma técnica, “*As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam*

---

<sup>131</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua*”, op. cit. pág. 66, nota de rodapé n.º 10, já nos dava conta de que a nível internacional o termo “produto” era usado com o alcance que no nosso ordenamento jurídico damos a vantagens. Assim, dizia este autor que “*Importa ter presente que a noção de «produto», na generalidade dos diplomas internacionais, é entendida com significado idêntico ao conceito de «vantagem» utilizado pelo legislador português, quer no Código Penal, quer no Decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro (...)*”

<sup>132</sup> Redação anterior do artigo 109.º n.º 1 do CP “(...) *os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos(...)*”

*vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem”.*

Se dúvidas houvessem, sobre o alcance dos termos instrumentos e produtos adotados na Diretiva, sempre poderíamos ver no autor João Conde Correia um apoio ao seu esclarecimento, quando diz,

*“A Diretiva classifica como «“produto”, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis» (art.º 2.º, n.º 1). Desta forma, o Parlamento Europeu e o Conselho (como confessam logo na motivação inicial) adotaram um conceito amplo que inclui tudo o que resulta do crime e que, em termos nacionais, integra os producta sceleris (..), as recompensas (..) e as vantagens do crime (..).”<sup>133</sup>*

Contudo, neste caso, não seria necessário apelar à doutrina para resolver estas questões de interpretação. Bastava-nos ler a **exposição de motivos** da proposta de lei que operou a transposição – que veio a dar lugar à Lei 30/2017 – em que se afirma que se optou por manter a nomenclatura dos conceitos usados no CP – instrumentos, produtos e vantagens – e não encurtar para os dois usados no diploma emanado pelo Parlamento Europeu e Conselho - instrumentos e produtos -. Na proposta de lei a referida ideia chave é resumida nas seguintes palavras ***“Neste exercício de transposição optou-se por manter a terminologia já conhecida e estabilizada na ordem jurídica portuguesa, que distingue entre instrumentos, produtos e vantagens de factos ilícitos típicos, não reproduzindo assim a utilizada na Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, que apenas distingue entre instrumentos e produtos.”***. Mais é dito, conforme nos expressámos acima, que ***“Pese embora a diferença na forma, as definições dos conceitos nacionais e comunitários revelam a identidade de âmbito que, no essencial, existe entre uns e outros (..).”***

As **opções do legislador** nesta parte da transposição foram num duplo sentido. Primeiro **manter a terminologia conhecida no panorama nacional** – instrumentos,

---

<sup>133</sup> João Conde Correia, “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..)” op. cit. pág. 90

produtos e vantagens – em detrimento das definições escolhidas ao nível comunitário. Segundo, **separar a perda dos instrumentos da perda dos produtos e por sua vez juntar a perda dos produtos no mesmo artigo relativo à perda das vantagens.** Como explicado esta junção não seguiu a forma existente na anterior redação do CP. Na exposição de motivos a junção é explicada como um aproveitar para diminuir as “(..) *dificuldades práticas que poderiam resultar da distinção entre as regras aplicáveis à perda de produtos e as regras aplicáveis à perda de vantagens, que a lei portuguesa vinha mantendo até aqui.*” O regime da perda dos produtos e das vantagens são duas realidades que “(..) *poderão sobrepor-se, opta-se agora por submetê-las a um mesmo regime em matéria de perda, assim se evitando que uma mera diferença de qualificação implique uma alteração substantiva no que respeita à possibilidade de ser determinada a perda da coisa gerada pelo crime.*”.

Sobre esta matéria em concreto a questão que se poderia colocar seria se a opção do legislador de manter substancialmente as mesmas figuras – instrumentos, produtos e vantagens – em detrimento dos conceitos usados ao nível comunitário – instrumentos e produtos – poderia de alguma maneira limitar os efeitos da Diretiva? Pelo que se disse não se nos afigura que tal suceda. O legislador procurou manter os conceitos estabilizados na nossa ordem jurídica - instrumentos, produtos e vantagens- compatibilizados com os usados a nível comunitário - instrumentos e produtos -. Aliás tal preocupação revelava-se na própria exposição de motivos onde se avança que “*Pese embora a diferença de forma, as definições dos conceitos nacionais e comunitários revelam a identidade de âmbito que, no essencial, existe entre uns e outros, pelo que a manutenção da terminologia nacional em nada prejudica o pleno cumprimento das obrigações decorrentes da Diretiva.*”.

Previamente à transposição da diretiva, no nosso ordenamento jurídico, e desconhecendo as opções que viriam a ser tomadas em concreto pelo nosso legislador nacional, João Conde Correia antecipou-se à reforma para concluir que no geral nada de substancial viria do reflexo da mesma (posição esta que demos conta na introdução). A nossa concordância inicial, com o entendimento daquele autor, mantém-se quanto ao aspeto do legislador ter mantido as mesmas designações consolidadas na ordem jurídica nacional - instrumentos, produtos e vantagens – em vez de adotar os termos da Diretiva – instrumentos e produtos – o que sempre podia causar dúvidas. Neste aspeto de facto

os reflexos foram nenhuns. Mas houve alterações que terão seguramente reflexos, mas de alcance ainda não verdadeiramente percecionáveis e que pela aparente continuidade da terminologia ainda não motivou reações de maior. O legislador não se limitou a fazer modificações na forma operou alterações na própria substância. E nestas alterações de maior não estamos sequer a considerar a clarificação das recompensas como subfigura das vantagens ou a sujeição do mesmo regime dos produtos (sentido estrito) de um ilícito ao regime da perda das vantagens. Pensamos sim por exemplo no caso da perda das vantagens em que as mesmas podem ocorrer sem que exista a condenação de alguém por um crime. Para nós tal matéria constitui uma verdadeira inovação, tanto que, como referido, houve necessidade de aditar o número 3 ao artigo 127.º do Código Penal (determinando que apesar da extinção da responsabilidade penal, que sucede aquando da morte do agente, tal não impede o prosseguimento do processo para efeitos de perda).

Todavia, a modificação de sujeitar ao mesmo regime a perda das vantagens e os produtos é mais profunda do que à primeira vista pode parecer e têm impacto no que à natureza jurídica diz respeito. Antes disso não queríamos deixar passar uma última nota que não se afigura merecedora de um tópico próprio e que poderia já ter sido abordada quando acima falamos do Gabinete de Recuperação de Ativos. A leitura do art.º 3.º n.º 1 da Lei 45/2011, que criou o GRA, diz-nos que a **missão do Gabinete é identificar, localizar e apreender bens ou produtos** relacionados com crimes. A questão que se poderá colocar é onde posicionar estes dois vocábulos perante os conceitos usados pela legislação nacional, bem como pela Diretiva. A resposta rápida é dada por Hélio Rigor Rodrigues que nos diz,

*“Serão objecto da investigação do GRA os “bens ou produtos relacionados com crimes”. Entendemos que este segmento normativo revela acentuada maturidade e densidade terminológica. Em primeiro lugar, ao fazer referência ao conceito de bens ou produtos, o legislador deixou claro que o GRA actua sobre todos os bens susceptíveis de futura declaração de perda, independentemente da sua classificação como produtos, instrumentos ou vantagens (Objetum sceleris, Instrumentum sceleris ou Fructum sceleris).”<sup>134</sup>*

\*\*\*

---

<sup>134</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua”, op. cit. pág. 76

## 2.4 Natureza Jurídica dos instrumentos, produtos e vantagens

A matéria sobre a natureza jurídica é daquelas que mais origina posições díspares na doutrina. Para tratarmos este assunto cuidaremos de analisar a natureza jurídica de cada uma daquelas figuras individualmente.

### 2.4.1 dos Instrumentos

Tomando como ponto de partida a declaração de perda dos instrumentos prevista no Código Penal podemos desde logo avançar que o regime se mantém essencialmente o mesmo após a alteração legislativa verificada. A perda dos instrumentos como conceito, prevista no art.º 109.º do CP, mantem-se intrinsecamente igual. Se é verdade que a redação do artigo 109.º modificou-se, também, é verdade que não mudou a figura em si mesmo. A **perda dos instrumentos, propriamente dita, tinha e continua a ter dois requisitos cumulativos** e que são: a) ocorrência de um facto ilícito típico b) perigosidade dos objetos – perigo para a segurança das pessoas, a moral ou ordem públicas ou risco de ser utilizados para cometimento de novos factos ilícitos típicos -.

A origem do art.º 109.º atual do CP remonta ao **art.º 107.º do CP de 1982**. Se compararmos as redações<sup>135</sup> relativas à perda dos instrumentos, ao longo dos tempos, veríamos que houve de facto uma modificação do art.º 107 em que neste se falava em “**prática de um crime**” para as redações subsequentes em que se refere um “facto ilícito típico”. Todavia, mesmo naquela redação mais longínqua o uso do vocábulo

---

<sup>135</sup> Perda dos instrumentos (e produtos):

- Art.º 107 n.º 1 (CP de 1982) “Serão declarados perdidos a favor do Estado os objectos que sirvam ou estavam destinados a servir para a **prática de um crime**, ou que por este foram produzidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para o cometimento de novos crimes.”

- Art.º 109.º n.º 1 (CP de 1995 redação inicial) “São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a **prática de um facto ilícito típico**, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.”

- Art.º 109.º n.º 1 (versão atual CP) “São declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de **facto ilícito típico**, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática.”

crime deveria ser, também, entendido no sentido de facto ilícito típico. Neste sentido dizia-nos o Professor Figueiredo Dias que, o art.º 107.º n.º 1,

*“fala em «prática de um crime», parecendo assim que a perda só pode ser decretada se no caso se verificar a totalidade dos pressupostos de que depende a existência de um crime. Logo o art.º 107.º-2, porém, desmente radicalmente esta asserção, ao estabelecer que o instituto funciona mesmo quando ninguém possa ser perseguido ou condenado.”*<sup>136</sup>

Por isso a antiga redação do CP sobre a perda dos instrumentos, prevista no artigo 107.º n.º 1, abarcava as situações em que efetivamente tinha sido cometido um crime, mas, além disso, o n.º 2 permitia que o regime fosse aplicado mesmo que não tivesse sido cometido, bastando-se com a prática de um facto ilícito-típico. Adiantava este autor que,

*“torna-se necessária a verificação de todos os elementos de que depende a existência de um crime, com ressalva dos requisitos relativos à culpa do agente. Sujeitos à perda estão, deste modo, tanto agentes imputáveis, como inimputáveis.”*<sup>137</sup>

Face ao exposto, verifica-se que o regime atual continua a ter uma redação próxima do CP de 1982 e a prever-se (desta feita no art.º 109.º) um n.º 2 igual àquele n.º 2 do art.º 107.<sup>138</sup>. Dessa forma a posição do professor, sobre a natureza jurídica do instituto,

---

<sup>136</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *“Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”*, op. cit. pág. 619

<sup>137</sup> Idem. op. cit. pág. 618. Figueiredo Dias, nesta obra, avançava uma segunda hipótese de aplicação para o art.º 107.º n.º 2. Dizia este autor que em tese seria admissível que a declaração de perda ocorresse quando nem sequer estivéssemos perante um facto ilícito típico. Ou melhor quando apenas se estivesse perante tipo objetivo de ilícito, isto é, quando nem sequer fosse preenchido o tipo subjetivo de ilícito. Tal situação ocorreria no exemplo avançado quando *“v.g. aparecendo uma pessoa morta a tiro com uma arma perto de si, provando-se que foi assassinada, mas sendo impossível determinar quem é o agente, a arma seria declarada perdida, nos termos do art.º 107.n.º-2.”* Figueiredo Dias insurgia-se contra tal hipótese porque tal aplicação *“não constitui uma consequência jurídica de natureza criminal. O mais que ela pode constituir é uma medida de polícia administrativa, tendente a apreender coisas ilícitas, proibidas, ou que a lei exclui do comércio jurídico. Mas o seu regime deveria ser então ditado por outros ramos do direito, que não pelo direito penal, nomeadamente através da medida de apreensão jurídico-administrativa e do respectivo processo.”*

<sup>138</sup> Embora a redação do art.º 109.º n.º 2 do CP, dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, seja parecida com a versão do art.º 107.º n.º 2 a novidade surge na parte final após se dizer que a declaração de perda tem lugar ainda *“que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo*



mantem-se atual porque genericamente o regime não se alterou. Para este autor, de excluir seria configurar a declaração como pena acessória ou efeito do crime ou da condenação. Dizia-nos que,

*“Não é pena acessória antes de mais, porque a perda não possui qualquer ligação com a culpa do agente pelo ilícito-típico perpetrado: podendo o instituto intervir mesmo relativamente a inimputáveis, por um lado, e podendo ele intervir, por outro lado, mesmo que nenhuma pessoa determinada possa ser perseguida ou condenada, torna-se patente que a – eventual – culpa do agente não constitui sequer limite da intervenção da providência. E isto ainda mesmo quando uma pessoa determinada (imputável) (...) Ainda nestes casos a perda é função da perigosidade do objecto (..) não da culpa do agente ou do terceiro.”*<sup>139</sup>

Para este autor também **“Não é efeito da pena ou da condenação**, porque, uma vez mais, pode no caso não haver sequer pena ou condenação e haver lugar, todavia, à perda.”. Figueiredo Dias também **excluía** tratar-se de **uma medida de segurança**. Dizia-se que a medida de segurança constitui,

*“um instrumento sancionatório orientado pela e para a perigosidade do agente (..) Tal não sucede com o instituto da perda, onde a perigosidade e a sua prevenção se referem aos objectos relacionados com o crime como seus instrumentos ou produto, não à pessoa do agente do facto ilícito-típico praticado.”*<sup>140</sup>

A justificação avançada por este autor para não considerar os instrumentos como uma medida de segurança (bem como os produtos que nesta redação do CP estavam regulados no mesmo artigo e sujeitos ao mesmo regime jurídico) é particularmente interessante. Porque muito se discute na doutrina nacional em acolher, no nosso ordenamento jurídico, a chamada *“actio in rem”*<sup>141 142</sup> e, aparentemente, ela já existia no

---

*facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.”*

<sup>139</sup> Idem. op. cit. pág. 627-629

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> A *“actio in rem”* pode ser entendida como um procedimento dirigido contra o património por contraposição aos procedimentos *“ad personam”* destinados a apurar as responsabilidades jurídico-penais do agente no âmbito de um processo-crime. Por outro lado a *“action in rem”* é, abstratamente, configurada como um procedimento patrimonial autónomo do processo penal de carácter administrativo ou civil, sendo normalmente dados como exemplos a *“civil forfeiture”* dos sistemas anglo-saxónicos. Porém se no procedimento penal se procede ao confisco dos

CP de 1982 (ou pelo menos reminiscências / resquícios dela havia). Concluía o autor que a perda dos instrumentos é “**uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança.**” Justificava esta posição com o facto do pressuposto ser a prática de um facto ilícito-típico tal qual para aplicação das medidas de segurança e,

*“vai no mesmo sentido de exigência do pressuposto da perigosidade, se bem que, como vimos, referida ao objecto, antes que ao agente (...)”*<sup>143</sup>

Além dos **requisitos** referidos exigíveis para que houvesse uma declaração de perda dos instrumentos (**facto ilícito-típico e perigosidade**) Figueiredo Dias considerava um terceiro. No caso uma **proporcionalidade** entre a gravidade do ilícito-típico e a perigosidade do instrumento que se visa declarar.

Por outro lado Figueiredo Dias considerava que a natureza jurídica dos instrumentos (e dos produtos ) poderia ser vista numa perspetiva unitária ou dualista. Todavia, em Portugal a perspetiva dualista não fazia sentido. Este autor resumia as duas visões nos seguintes termos,

*“no direito português, uma **compreensão unitária** da natureza jurídica da perda dos instrumentos e do produto do crime. (...) que contrasta com a **compreensão dualista** que corre em outras doutrinas, máxime, na alemã, e que seria motivada por se tornar ainda possível atribuir à perda um carácter análogo à pena, antes que à medida de segurança, sempre que ela se dirigisse directamente contra o agente (imputável) de um crime que por ele viesse a ser condenado.”* <sup>144</sup>.

---

instrumentos através de uma declaração de perda dos mesmos quando não existe crime, pelo menos, em teoria ou abstratamente, é de admitir que há uma espécie de “actio in rem” à vista.

<sup>142</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues, “*Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*”, op. cit. pág. 180, parecem ter uma visão semelhante à ora defendida, quando estes autores dizem, a propósito da perda dos produtos, que “*Tais objectos são destruídos independentemente da culpabilidade ou inocência do seu titular, ou dos eventuais direitos de terceiros, o que mostra que a perda destes bens opera **in rem**, ou seja, por referência aos objectos em si mesmo considerados, independentemente da referência a quaisquer elementos subjectivos, como a identidade ou a postura axiológica do seu proprietário*”

<sup>143</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “*Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime*”, op. cit. pág. 627-629

<sup>144</sup> Idem. op. cit. pág. 627-629

Muitos autores seguiram a doutrina inicial de Figueiredo Dias. Neste sentido João Conde Correia, sobre o art.º 109.º do CP (redação prévia à Lei n.º 30/2017), dizia-nos que,

*“a melhor solução para o problema da sua natureza jurídica parece ser considera-la uma «providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança»”.<sup>145</sup>*

Mais do que os argumentos utilizados para desconsiderar outras figuras e fundamentar esta tomada de posição, e que de resto vão no mesmo sentido de Figueiredo Dias, preferimos destacar o trecho onde João Conde Correia justifica que a declaração de perda dos instrumentos não se trata de uma pena acessória porque o instituto pode ser aplicado ainda que nenhuma pessoa possa ser punida e como tal o instituto operar através *“de um despacho de arquivamento, de um despacho de não pronúncia ou de uma sentença absolutória”*.<sup>146</sup> Todavia, este autor parece defender uma maior abrangência do art.º 109 face ao entendimento que Figueiredo Dias tinha sobre o art.º 107.º, porque dizia-nos que,

*“(.)a perda pode ocorrer, ainda que a medida de segurança não possa ser aplicada. O objeto pode ser confiscado mesmo que, por exemplo, não exista a queixa (.)”*<sup>147</sup>.

A inexistência de queixa, como condição de procedibilidade do próprio processo penal que é, pode levar a que, em tese, não se apure pela existência de um facto ilícito-típico (considerando neste quer o tipo objetivo quer o tipo subjetivo) defendido como mínimo exigível por Figueiredo Dias.

Outro autor que vai no mesmo sentido dos anteriormente citados quanto à natureza jurídica é Paulo Pinto de Albuquerque que sobre o art.º 109 do CP (redação prévia à atual) diz que,

*“a perda de objetos é uma **medida sancionatória análoga à medida de segurança**, pois baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes decorrentes dos objetos”*<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit., pág. 77-78

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> Idem., op. cit., pág. 78, mas nas págs. 70-71 referindo-se aos requisitos da perda dos instrumentos e produtos do crime faz menção *“desde logo, que tenha sido cometido, ainda que por negligência ou na forma tentada, um facto ilícito típico.”*

Este autor afasta também a tese de carácter dualista (carácter quase-penal e um carácter de medida de segurança) aplicada aos instrumentos do crime. Paulo Pinto de Albuquerque diz-nos que,

*“não procede(..)a doutrina de carácter dualista da natureza jurídica da perda de objetos(..). A razão é esta: a perda de objetos não está submetida, em nenhum caso, ao principio da culpa(..)”*.<sup>149</sup>

No que à natureza jurídica dos instrumentos se reporta Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues manifestaram a sua posição conjunta sobre este tema. E o termo conjunto tem aqui uma dupla perspetiva. Por um lado, a perspetiva é conjunta porque se reporta à visão destes autores em conjunto. Por outro lado, a posição é conjunta porque analisam todos os bens, instrumentos, produtos e vantagens do CP, bem como as vantagens previstas na Lei 5/2002, numa perspetiva conjunta. Por este motivo ficamos, por vezes, com dúvidas de que bens se reportam, em concreto, os autores em certos trechos da obra.

Começando pelo fim, estes autores dizem nas conclusões que acolhem a posição sufragada pelos Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 29 de Outubro de 2003, sobre os instrumentos e produtos do crime – art.º 109. n.º2 do CP - que afirma “ *não é uma pena, mesmo acessória, tendo uma **finalidade meramente preventiva***”. Dizem assim que,

*“Julgamos ser esta a posição mais acertada, senão a única admissível face ao recorte legal do instituto no nosso país, sendo igualmente aquela que, além de permitir melhores hipóteses de desenvolvimento da figura da perda de bens, alargando-a para âmbitos como o civil ou administrativo (..)”*<sup>150</sup>

Se, por um lado, da parte citada do acórdão, por estes autores, estamos obviamente a falar dos bens referidos no antigo art.º 109.º n.º 1, ou seja, instrumentos e produtos, por outro lado, não temos a certeza quanto à interpretação a dar sobre a natureza jurídica concreta que os Conselheiros acolheram, nem os autores. Embora estes pareçam mais inclinados para uma abordagem diversa da doutrina maioritária. Dizem eles que,

---

<sup>148</sup> Paulo Pinto Albuquerque, “Comentário do Código Penal (..)” op. cit. pág. 452

<sup>149</sup> Idem, op. cit., pág. 453

<sup>150</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, op. cit. pág. 191-192

*“será sempre reflexo do **princípio reparador do instituto da perda de bens**, que pretende restaurar a situação que existia no momento anterior à prática do facto ilícito, e se verifica **igualmente no instituto da indemnização civil**.”*<sup>151</sup>

Os autores acolhem os argumentos do referido acórdão, que se pronuncia sobre os instrumentos e produtos, mas nas conclusões que retiram questionamo-nos se estes autores estão a pensar só nos instrumentos e produtos ou também nas vantagens do CP (bem como em leis penais extravagantes). Estamos inclinados para esta última hipótese de que os autores colocaram tudo no mesmo “saco”. Esta visão conjunta, que não permite descortinar sobre que bens se reportavam os autores, parece-nos criticável, por se prestar a confusões. Independentemente desta nebulosa sobre que bens se reportam em concreto, realçamos é a abordagem “fora da caixa”, ou seja, fora dos parâmetros convencionais sobre esta matéria. Dizem em concreto estes autores o seguinte,

*“A conclusão que o instituto da perda de bens a favor do Estado assume **natureza eminentemente civil**, acarreta, para a prática judiciária, uma consequência de enorme relevância, traduzida na aplicação de um **standard probatório idêntico ao utilizado em processo civil**”*<sup>152</sup>

A única certeza que retiramos das palavras dos autores é perceção que os mesmos têm de uma natureza eminentemente civil ao instituto da perda, independentemente dos bens em causa.

Porem este entendimento unívoco desagua numa bifurcação (ou, bem vistas as coisas, será mais lógico o contrário, isto é, dois ramos vão desaguar no mesmo sítio). Dizem os autores que a perda dos instrumentos quando estes não sejam em si mesmo perigosos (pela sua natureza [deduzimos nós]) a declaração depende de uma análise subjetiva da perigosidade para cometer novos factos ilícitos típicos. A dimensão subjetiva da perigosidade para o cometimento de novos crimes não é dada pelo objeto em si, mas através de um juízo antecipado do agente do crime utilizar outra vez os instrumentos para a prática de outros ilícitos. Nestes casos a medida assume-se como uma *medida sancionatória* e “*de natureza não penal, e com alheamento a qualquer função retributiva*”. Após a análise *supra* efetuada parece-nos que os autores

---

<sup>151</sup> Idem. op. cit. pág. 192

<sup>152</sup> Ibidem.

configuram a perda dos instrumentos sempre como tendo uma finalidade (meramente) preventiva independentemente dos objetos serem ou não perigosos em si mesmos (esta nossa percepção é revelada pela citação do acórdão feita pelos autores). Se os objetos não forem em si mesmo perigosos haverá que averiguar a dimensão subjetiva da questão, isto é, verificar se há perigo do agente utilizar esses mesmos instrumentos futuramente para a prática de novas ações delituosas. Em caso afirmativo ao carácter meramente preventivo haverá que acrescer, à medida, uma dimensão sancionatória. Parece-nos assim que os autores defendem que a declaração de perda tem carácter meramente preventivo só no caso de objetos perigosos objetivamente e terá carácter dual preventivo e sancionatório no caso dos objetos serem perigosos numa dimensão subjetiva. Em todo o caso mesmo quando a medida assume carácter sancionatório (de acordo com os autores seria nos casos dos instrumentos não serem perigosos em si mesmos) não tem finalidades retributivas, antes tem uma função reparadora/restaurativa análoga à indemnização civil, de natureza (não penal) eminentemente civil.

Aquilo que dissemos parece ser o entendimento que mais se aproxima das palavras dos autores, mas, também, admitimos que estes considerem que a medida tenha carácter preventivo e sancionatório para os bens objetivamente perigosos. Todavia, não parece ser isso que resulta das seguintes palavras,

*“A perda dos instrumentos do facto ilícito, sempre que estes não sejam em si mesmo perigosos, depende, no regime previsto no Código Penal, da averiguação da perigosidade de cometimento de novos factos ilícitos típicos, ou seja, a declaração de perda assume-se neste caso como uma **medida sancionatória** (..)”* Mais acrescentam à frente que, *“Com efeito, apenas estaremos perante uma verdadeira **medida preventiva** naqueles casos em que o **instrumento seja indispensável para a prática de novos factos ilícitos típicos**, e seja de impossível, ou pelo menos de muito difícil, substituição.”*<sup>153</sup>

No fundo concluímos que a posição destes autores, à data, parecia assumir um carácter dualista. Para as situações em que os **instrumentos fossem subjetivamente**

---

<sup>153</sup> Idem. op. cit. pág. 176

**perigosos a natureza jurídica seria sancionatório (e preventiva, como se disse, pela citação do acórdão) com laivos restaurativos análogos à indemnização civil,** aplicando-se-lhe um regime eminentemente civil. Por outro lado **no caso dos objetos serem objetivamente perigosos a natureza da medida seria meramente preventiva, eventualmente, de carácter igual às medidas de segurança, em todo o caso sem substrato sancionatório** (conforme parece resultar dos autores) e também de carácter eminentemente civil.

Daquilo que vimos o regime da perda dos instrumentos têm-se mantido praticamente inalterado desde a redação do CP de 1982 e as sucessivas modificações do artigo sempre previram a aplicabilidade mesmo quando nenhuma pessoa pudesse ser punida. Nesse sentido a atual redação da perda dos instrumentos no art.º 109.º tem a mesma natureza jurídica da figura inicial apesar de hoje se falar da perda dos instrumentos de um facto ilícito-típico e naquela altura em crime.

Por isso a doutrina maioritária (anterior à atual redação do art.º 109.º) parece-nos que continuará a defender a declaração de perda dos instrumentos como uma providência sancionatória de natureza análoga à medida de segurança. O que se disse, todavia, tem uma exceção. O art.º 109.º aditou mais um número às disposições deste artigo (no caso o n.º 4). Porém a disposição que passou a ser verdadeiramente nova é o n.º 3 (tendo o antigo n.º 3 avançado para n.º 4).

Olhando para a disposição do n.º 3 esta trouxe consigo uma novidade que é a substituição da declaração de perda dos instrumentos pelo respetivo valor em caso de não poderem ser apropriados em espécie. Esta norma, que pode passar despercebida, implica repensar as matérias. Se atentarmos que a perigosidade era um dos requisitos, para que os instrumentos fossem declarados perdidos, pergunta-se onde está essa mesma perigosidade na perda pelo valor? A resposta imediata é que não está.

O regime de perda de bens não é exclusivo do Código Penal. Já fizemos referência à existência de diversas leis penais extravagantes que contêm regimes especiais de perda de bens. Para o caso importa considerar a perda dos instrumentos previsto no regime jurídico do Tráfico de Estupefacientes, Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, e explicamos o porquê. O art.º 35.º, que regula a perda destes objetos

(instrumentos e produtos), têm-se mantido praticamente inalterado desde a versão original, tendo apenas sofrido uma alteração em 1996, através da Lei n.º 45/96, de 3/9. Diz-nos o n.º 1 do art.º 35.º, na parte que nos importa, sobre os instrumentos que “*São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infracção prevista no presente diploma (..)*.” Daqui extraímos que no regime do tráfico de estupefacientes a declaração de perda dos instrumentos **não era motivada por nenhum requisito de perigosidade**. Retirando este elemento, que se prescinde neste regime, tudo o mais assemelha-se à norma do CP inclusive a existência de uma disposição (n.º 3) em que se afirma que a declaração de perda dos instrumentos procede, mesmo que nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto.

Da similitude das normas eventualmente poderemos retirar alguns ensinamentos que nos permitam perceber qual a natureza jurídica dos instrumentos neste regime especial e que possam, eventualmente, ser transpostos para o CP. Vejamos, Hélio Rigor Rodrigues afirma que,

*“Ao contrário do que ocorre no artigo 109.º n.º 1 do Código Penal, **não se exige** no regime do **Decreto-Lei n.º 15/93**, de 22 de janeiro, para a declaração de perda, que os instrumentos utilizados na prática do crime de tráfico, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, coloquem em **perigo** a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.”*<sup>154</sup>

Se não é exigível um requisito baseado na perigosidade tal não significa que se possa declarar a perda de todo e qualquer instrumento. Tem de haver algo mais. E esse algo mais é, aliás, são, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, citada pelo autor<sup>155</sup>, duas condições: o **carácter significativo** e **nexo de causalidade**<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis*”, Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril/Junho 2013, Lisboa, pág. 192

<sup>155</sup> Acórdãos: 28 de maio de 2008 - Pr.º 08P583; 21 de outubro de 2004 - Pr.º 04P3205

<sup>156</sup> O «**carácter significativo**», é a relação que se estabelece entre o instrumento com a prática do crime e se assume, ou não, um carácter significativo. Hélio Rodrigues densifica este



Optamos por não desenvolver, como tema principal, a noção sobre estes dois requisitos, apenas sublinhamos que o fundamento ontológico não reside na perigosidade do instrumento. Hélio Rodrigues afirma que se trata de uma situação em que é o próprio objeto que está “contaminado” ou “infetado”. Trata-se de um procedimento “*in rem*”. Nas palavras do mesmo,

*“Apurando-se tal conexão, ou seja, aquele objecto serviu para a prática de uma infração, e não sendo adequado proceder aqui a considerações sobre a sua perigosidade (porque expressamente dela se prescinde) ou sobre a natureza preventiva, temos por certo que o fundamento da perda dos instrumentos reside na consideração que o mesmo se encontra, por via dessa conexão com a prática do crime, em si mesmo “contaminado” ou “infetado” com a ilicitude que assume. Ou seja, é por via da transferência para o próprio objecto de um juízo ideal de “culpa” Por isso conclui que “a construção legislativa da declaração de perdimento dos instrumentum sceleris, na lei da droga, é o exemplo paradigmático do reconhecimento da perda de bens como mecanismo de ataque ao próprio objecto, que reflecte de forma cristalina a sua natureza puramente “in rem”, concretizada por referência a razões que se movem unicamente numa base objectiva, consubstanciada do carácter significativo, do nexo causal e da proporcionalidade que o objecto assuma na dialética com o facto punível.”*<sup>157</sup>

Do que se disse parece-nos que os pontos em comum entre a disposição do art.º 35.º do regime jurídico do tráfico de estupefacientes e a disposição do CP, art.º 109.º n.º 3, que alude à substituição da declaração de perda dos instrumentos pelo respetivo valor em caso de não poderem ser apropriados em espécie, é apenas o argumento de que o

---

“carácter significativo” citando o acórdão do STJ, de 27/9/2006, Prº n.º 06P2802, do Juiz Conselheiro Henriques Gaspar que nos diz que “a decisão de perda de objectos deve ter como pressuposto a individualidade executiva e a relevância instrumental, determinante ou essencialmente conformadora do objecto no processo de execução e do cometimento do crime.”. Quanto ao «nexo de causalidade», resume aquele autor, verifica-se da existência de uma relação entre “o uso do instrumento e a prática do facto ilícito típico, com devida ponderação do princípio da «proporcionalidade» (...)”, vide Hélio Rigor Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes” op. cit. pág. 193 e nb (4)

<sup>157</sup> Rodrigues, Hélio Rigor, in “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (...)”, ob. citada pág. 196

fundamento ontológico não reside na perigosidade do objeto tanto que, neste caso do CP, se permite a sua substituição pelo valor. Por esta mesma lógica cai o argumento de que é o objeto que está “contaminado” ou “infetado”. Dessa forma a construção da natureza jurídica que até aqui vigorava, mais ou menos pacífica, sobre os instrumentos do crime no Código Penal, sai enviesada com a existência de uma declaração da perda pelo valor dos instrumentos do crime. Nesse sentido a conclusão sobre a natureza jurídica da declaração da perda dos instrumentos prevista no Código Penal torna-se tudo menos pacífica atenta à possibilidade configurada no n.º 3 do art.º 109, isto é, de se proceder pela declaração de perda pelo valor em caso da impossibilidade da apropriação em espécie. Por isso estamos tentados em concluir que a natureza jurídica dos instrumentos no CP, face à novidade do n.º 3 do art.º 109.º, oscila entre dois polos distintos, como se de uma tese de carácter dualista se tratasse. Por um lado as disposições dos n.ºs 1 e 2 subsumindo-se a **uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança** e, por outro lado, a disposição do n.º 3 para a qual pedimos de emprestado o argumento do professor Figueiredo Dias em que considerava, a propósito do art.º 107.º n.º 2 do CP, redação de 1982, (em que a perda dos objetos tinha lugar ainda que nenhuma pessoa possa ser punida), como uma providência em que,

*“não pode atribuir-se qualquer finalidade político-criminalmente válida; o que significa que ela não constitui uma consequência jurídica de natureza criminal.”*<sup>158</sup>

O n.º 3 do art.º 109, parece-nos, sofre uma falha de lógica no seu raciocínio porque considera como requisito para a declaração de perda dos instrumentos a perigosidade. Todavia, não podemos afirmar logicamente que a declaração de perda pelo valor quando não seja possível uma apropriação em espécie dos instrumentos seja motivada por essa mesma perigosidade. Também não podemos acolher o argumento “*in rem*”, usado pelo autor Hélio Rodrigues no art.º 35.º do Decreto-Lei 15/93, porque não existe um instrumento a declarar perdido. Podemos conceber aquele n.º 3 como uma providência sancionatória, mas não de natureza análoga a uma medida de segurança por falta do elemento perigosidade do objeto (e que no caso não existe). Mas como

---

<sup>158</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, op. cit., pág. 620

providência sancionatória que é, e para a qual a culpa não releva como demonstrado, ficamos na incerteza sobre qual a finalidade político-criminal válida que se possa extrair desta disposição. Perante isto a perda dos instrumentos, no âmbito do **Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro**, constitui, para nós, uma **providência sancionatória *in rem***. A falta de perigosidade do instrumento releva para não ser equiparável a uma medida de segurança. Todavia, o procedimento *in rem*, isto é, dirigido ao objeto obriga a que a declaração de perda recaia apenas só sobre instrumentos que tenham um carácter significativo ou preponderante para o cometimento do facto ilícito típico.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, prevê, também, um regime especial de perda de bens a favor do Estado. Regime este alterado pela Lei n.º 30/2017 que criou duas secções no capítulo IV - art.ºs 7.º a 12.º-B – com as epígrafes “perda alargada” e “perda de instrumentos”. Da perda alargada falaremos quando nos debruçarmos sobre a perda das vantagens. Agora impõe-se que se façam algumas considerações sobre o artigo único da secção II - art.º 12.º - B - cujo título é igual à epígrafe da respetiva secção “perda de instrumentos”.

Esta norma prevê que sejam declarados perdidos os instrumentos de facto ilícito típico dos crimes enunciados no catálogo do art.º 1.º. A diferença desta norma para o Código Penal é da inexigibilidade do requisito perigosidade. Tal facto empurra a presente norma para o que acima se disse sobre procedimento “*in rem*” relativo à perda dos instrumentos no regime do Tráfico de Estupefacientes – art.º 35.º -. Nesse sentido tudo o que *supra* dissemos parece ser “*mutatis mutandis*” aplicável ao art.º 12.º-B. De resto o n.º 1 não deixa espaço para dúvidas ao expressamente afirmar que “*são declarados perdidos a favor do Estado ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.*”

O n.º 2 do art.º 12.º-B remete para as normas do CP aplicáveis à perda dos instrumentos em tudo que não contrariar o disposto no n.º 1. Nesse sentido será de admitir que possa ser decretada a perda pelo valor dos instrumentos, nos termos do art.º 109.º n.º 3 do CP, por força das disposições conjuntas dos art.º 12.º - B n.ºs 1 e 2, da Lei 5/2002, quando a perda dos instrumentos em espécie não seja viável, concluindo-se, dessa forma, pela dúvida quanto à finalidade político-criminalmente da disposição.

## §

Por último, existe uma outra diferença do regime geral do CP para o novo artigo 12.º - B da Lei 5/2002. A norma relativa à perda dos instrumentos no CP, em qualquer uma das versões e respetivas modificações posteriores (art.º 107.º n.º 1, no CP de 1982, e art.º 109.º n.º 1, na redação anterior e na atual), bem como o artigo correspondente no regime Tráfico de Estupefacientes (35.º n.º 1) adotam uma formulação, que permite interpretações dispares sobre o verdadeiro alcance da disposição, e é diferente do artigo 12.º - B da Lei 5/2002.

Para aquilo que nos importa de seguida analisar implica não considerar a parte da norma que determina a perda dos instrumentos que tivessem servido para a prática de um facto ilícito típico. Importa sim perceber é o alcance da perda dos objetos que “estivessem destinados a servir” (formulação atual [e na predecessora] do art.º 109.º n.º 1 do CP e no regime do Tráfico de Estupefacientes)<sup>159</sup> para a prática de um facto ilícito típico. De resto o artigo 12.º-B, da Lei 5/2002, não contempla semelhante disposição dirigida aos objetos que “estivessem destinados” a servir para a prática do facto ilícito típico. Ora a doutrina parece divergir sobre o alcance a dar à formulação “estivessem destinados”.

Paulo Pinto de Albuquerque, no seu comentário ao art.º 109.º n.º 1 (redação prévia à atual), avançava,

*“Não é, pois, necessário que os objetos tenham efetivamente sido utilizados no cometimento do crime, **bastando que o agente tivesse em mente utilizá-los**”*<sup>160</sup>

Parece-nos que a posição deste autor antecipa de sobremaneira a tutela penal, eventualmente, até aos pensamentos criminosos. Todavia, este autor presta-se a criar dúvidas em nós porque de seguida acrescenta que a nota interpretativa à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, que considera que a expressão *convencional used in or destined for use in*, visa incluir os crimes tentados (?).

---

<sup>159</sup> Na redação do CP de 1982 o artigo 107.º referia-se a “estavam destinados a servir”

<sup>160</sup> Paulo Pinto Albuquerque, “Comentário do Código Penal (...)”, op. cit., pág. 453

Quanto aos autores Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues os mesmos antecipam, também, a tutela penal, pelo menos, até aos **atos preparatórios**. Dizem-nos que,

*“Não existem hoje dúvidas que a lei portuguesa admite a perda de bens utilizados ou destinados à utilização não só na execução mas também na preparação do facto ilícito típico.”*<sup>161</sup>

Em sentido contrário estão (ou pelo menos assim interpretamos), como referido, João Conde Correia, Damião da Cunha e Figueiredo Dias. Este último autor pronunciou-se, sobre a redação pretérita do art.º 107.º, nos seguintes termos,

*“Segundo lei expressa não se torna, porém, necessário nem que o crime se haja consumado (art.º 107.º - 1: «estavam destinados a servir...», nem sequer que alguma pessoa determinada possa ser perseguida ou condenada por aquela actividade criminosa (...))”*<sup>162</sup>

**Damião da Cunha** diz-nos que,

*“Não está em causa uma simples medida de polícia preventiva, suscetível de ser desencadeada, ainda antes da prática de um qualquer facto ilícito típico.”*<sup>163</sup>.

Por sua vez **João Conde Correia** diz-nos que,

*“Apesar de ser uma medida de carácter preventivo, a perda de instrumentos (...) pressupõe, desde logo, que tenha sido cometido, ainda que por negligência ou na forma tentada, um facto ilícito típico(...) Coisas objetivamente perigosas, que não tenham sido utilizadas na prática daquele, nem constituam, por si só, um facto ilícito típico (...), não estão incluídas neste regime especial, devendo ser consideradas por outros*

---

<sup>161</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, op. cit., pág. 176

<sup>162</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, op. cit., pág. 618

<sup>163</sup> José Manuel Damião Cunha, “Da Perda de Objectos relacionados com o crime”, Universidade Católica Portuguesa, apontamento policopiados para a disciplina de Direito Penal II, Porto, 1999, pág. 5, *apud* João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 70, nb 112

*ramos do direito.”*<sup>164</sup> Mais acrescenta que “*A lei exige que os objetos estivessem, pelo menos, «destinados a servir a prática de um facto ilícito típico»(..) pressupondo, no mínimo, uma tentativa. As meras cogitações, os atos preparatórios (artigo 21.º do CP) são irrelevantes (exceto quando constituam crime autónomo).*”<sup>165</sup>

Assim, parece-nos óbvio que ponto assente é que no regime do CP e do DL 15/93, mesmo que o crime não se tenha consumado, havendo só a sua tentativa estas disposições permitem a declaração de perda dos respetivos instrumentos. Antecipar a tutela penal ao ponto de vir a declarar a perda dos instrumentos do pensamento criminoso, como parece ser a opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, ou, aos atos preparatórios, como parece ser a posição conjunta de Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues (quando não haja disposição expressa nesse sentido conforme art.º 21.º do CP), será dar uma amplitude maior que a tutela penal reclama, embora, a letra da lei pareça permitir. Por outro lado, a redação do art.º 12.º - B da Lei 5/2002 não equaciona a declaração de perda dos instrumentos que “*estivessem destinados a servir*”. Tal pode efetivamente ser um empecilho para a perda dos instrumentos relativamente aos crimes praticados na forma tentada. Em todo o caso, pensamos que a norma do artigo 12.º B contempla uma declaração de perda dos instrumentos dos crimes praticados na forma tentada. Todavia, se não incluir, os mesmos ainda estarão a coberto das normas gerais do Código Penal, isto no que aos instrumentos perigosos diz respeito. Se enão forem perigosos em si mesmos podem ainda ser declarados perdidos nos termos do regime do DL 15/93, se se incluir num dos crimes de Tráfico de Estupefacientes. Na verdade, as redundâncias são tantas, no sistema jurídico nacional, que mesmo que a perda dos instrumentos não possa ser feita por um determinado regime logo um ou mais surgem a regular semelhante matéria.

\*\*\*

---

<sup>164</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 70

<sup>165</sup> Idem, pág. 70, nb 112

## 2.4.2 dos produtos

O regime da perda dos produtos, regulado no Código Penal, tinha (porque já não tem como veremos) os mesmos requisitos enunciados para a perda dos instrumentos - ocorrência de um facto ilícito típico e a perigosidade dos objetos -. Até à transposição da diretiva, para o ordenamento jurídico nacional operada pela sobejamente mencionada Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, os instrumentos e os produtos vinham regulados no mesmo artigo do Código Penal (inicialmente no art.º 107.º, CP de 1982, e posteriormente no art.º 109.º). Tendo os instrumentos e os produtos estado sujeitos ao mesmo regime parece-nos redundante repetirmos novamente as posições sufragadas pelos autores. **Dessa forma a única diferença verificável entre as duas figuras no regime pretérito seria que os produtos, como objetos que foram criados ou produzidos pela atividade criminosa, tinham implícita uma ideia de consumação do ilícito por contraposição dos instrumentos como acima explicado.** De resto esta diferença atravessou as várias alterações legislativas, mantendo-se, ainda hoje, as considerações iniciais e não será por aqui que o regime mudou.

A modificação opera-se porque a perda dos produtos, atual **art.º 110.º n.º 1 al. a) do CP, deixou de exigir como requisito a perigosidade.** Não sendo expressamente exigido a perigosidade como um dos requisitos para que seja decretada a respetiva perda dos produtos parece-nos que falta desde logo um dos elementos que levava à construção do pensamento que defendia estarmos perante uma providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança. Por outro lado, o regime da perda dos produtos continua a prever que a declaração seja decretada independentemente do apuramento da culpa do agente. Assim, resulta do n.º 5 do art.º 110.º que a perda “(..) *tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto(..)*”, por isso, mais difícil se torna definir a sua natureza jurídica. Repetimos, certo é a exigibilidade (tal qual a redação anterior do art.º 109.º n.º 1 do CP que juntava no mesmo os instrumentos e os produtos), da ocorrência de um facto, ilícito típico. Pelas mesmas razões apresentadas a propósito da perda dos instrumentos parece-nos que **será de excluir** a qualificação do mecanismo como uma **pena acessória**, ou, como um **efeito da pena ou da condenação** (já que nos termos da disposição atual do art.º 110.º n.º 5 do CP a declaração de perda pode acontecer mesmo que “*nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto*”). **Exclui-se** também a hipótese de considerar a perda dos produtos como uma **medida de segurança** (porque as medidas de segurança são

dirigidas à perigosidade dos autores do facto ilícito típico). Pelo que se disse, e **apesar da aparente falta de alternativas**, não vemos como considerar a norma da perda dos produtos como uma **providência sancionatória de natureza análoga às medidas de segurança**.<sup>166</sup> Na realidade existe, pelo menos, uma outra construção capaz de nos proporcionar uma solução para o problema e que já referimos a propósito do regime do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, para a declaração de perda dos instrumentos utilizados na prática do crime de tráfico. Ali dissemos, citando o autor Hédio Rodrigues, que a norma do art.º 35.º n.º 1, a qual regula a perda dos instrumentos e dos produtos, prescinde da perigosidade. Também dissemos que tal não significava que qualquer instrumento pudesse ser declarado perdido ao contrário do que sucede nos produtos. Todos os produtos têm de ser declarados perdidos no âmbito do Decreto-Lei n.º 15/93. Neste sentido o art.º 35.º n.º 2 determina que todos os produtos estupefacientes – plantas, substâncias e preparações incluídas nas tabelas anexa - “*são sempre declaradas perdidas a favor do Estado*”. Esta norma do n.º 2 aparentemente seria desnecessária face ao n.º 1 que determina a declaração de perda de todos os produtos. Para percebermos a razão de ser desta norma convém recordar o conceito de produto. Como já dissemos, no ordenamento jurídico nacional, “produto” são todos os objetos que foram criados ou produzidos pela atividade criminosa. Um exemplo claro de produto são os próprios produtos estupefacientes os quais geralmente são substâncias modificadas a partir da manipulação de substâncias de origem natural (tipo vegetal) juntamente com outras de origem química obtendo-se dessa forma o referido “produto estupefaciente”. Obviamente que os produtos estupefacientes seriam declarados perdidos nos termos do n.º 1 do art.º 35.º, mas além dos produtos estupefacientes, existem outras substâncias psicotrópicas (incluídas nas tabelas anexas ao DL 15/93, pense-se nas “cannabis”, nos “cogumelos alucinogénios” e outros) que não foram modificadas e dessa forma poderia dar-se o caso de serem controladas para efeitos da tutela penal e por um preciosismo não serem declaradas perdidas já que dificilmente poderiam ser consideradas instrumentos, vantagens ou produtos de um facto ilícito típico. Por isso o motivo justificativo da norma do n.º 2 do art.º 35.º parece-nos clara, mas não é sobre esta disposição em particular que nos importa falar. É sobre os produtos referidos no n.º 1 do art.º 35.º do regime da droga e no art.º 110.º n.º 1 al a) do

---

<sup>166</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit., pág. 97, diz-nos (a propósito da norma da perda das vantagens na redação anterior do art.º 111 CP) que “*Uma providência sancionatória aplicada sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança*”



CP. Normas estas que na atualidade assemelham-se muito uma à outra pelas razões apontadas. Ambas prescindem de um crime, bastando-se com um facto ilícito típico e as duas dispensam o elemento perigosidade como requisito para que os produtos sejam declarados perdidos. E, ao contrário dos instrumentos que nos obrigam a recorrer aos critérios “carácter significativo” e “nexo de causalidade”, este ainda ponderado pelo princípio da proporcionalidade, todos os produtos têm de ser declarados perdidos independentemente de quaisquer outros considerandos, porque são o resultado da atividade criminosa. Por isso o argumento usado pelo autor Hélio Rodrigues sobre os objetos estarem “**contaminados**” ou “**infetados**”<sup>167</sup>, a propósito dos instrumentos, parece-nos aplicável “*mutatis mutandis*”. Além dos produtos estupefacientes mencionados, a moeda contrafeita, o documento falsificado e muitos outros produtos têm de ser declarados perdidos, mesmo que, nos termos do n.º 5 do art.º 110 do CP, ou do n.º 3 do art.º 35.º do DL 15/93, nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto. Nesse sentido impõe que haja um **procedimento “in rem”**, ou seja, um procedimento destinado a declarar a perda do próprio objeto que não se baseia numa condenação, naquilo que comumente já ouvimos falar noutros regimes como “*non-conviction based asset confiscation*”. Como não está em causa nenhuma questão de perigosidade do objeto (isto é, do ponto de vista legal), parece-nos que, faltando este requisito, esta providência sancionatória terá dificuldades para ser considerada como de natureza análoga a uma medida de segurança. A natureza jurídica dos produtos justifica-se como uma ação dirigida contra os objetos infetados pelo facto ilícito típico. O objeto é em si mesmo “**culpado**” e impróprio para “consumo”. Admitimos, todavia, que haja outras posições sobre esta matéria, nomeadamente que se defenda a perigosidade implícita dos produtos ao nível das suas qualidades intrínsecas. Nesse sentido não colocamos de parte que se considere os produtos como uma providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança. Mas do nosso modo de ver as coisas parece-nos que faz mais sentido em falarmos numa “**actio in rem**” contra os objetos infetados. Neste sentido configuramos a perda dos produtos como uma **providência sancionatória in rem**. **Providência sancionatória** por ser exigível a prática de um **facto ilícito típico** e **in rem** porque **dirigida ao objeto**. E para que não haja dúvidas, para nós, os produtos não têm de ter um carácter significativo ao contrário da *providência sancionatória in rem* relativa aos instrumentos no âmbito do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

---

<sup>167</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (..)*”, op. cit. pág. 196

### 2.4.3 das vantagens

As vantagens decorrentes da prática de um crime no CP, redação de 1982, vinham reguladas no art.º 109.º. Como já referido a redação desta norma usava o conceito de “crime” em vez de “facto ilícito típico” que foi adotado na formulação do CP de 1995 e que ainda hoje se mantem. Nessa redação da norma, o art.º 109.º não previa nenhum ponto igual ao n.º 2 do art.º 107.º que determinava que a perda dos instrumentos tinha “*lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada.*” Apesar desta formulação legal o Professor Figueiredo Dias defendia que,

*“Apesar de tudo isto, porém, seria absolutamente contrário à finalidade da providência que ela não tivesse lugar só porque o agente é inimputável ou, sendo imputável, actuou sem culpa. Ainda nestes casos o benefício resultante da prática de um facto ilícito-típico deve ser anulado e a ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito restaurada”*<sup>168</sup>

Para este autor, mesmo no CP da versão de 1982, a conclusão era de que a natureza jurídica da perda das vantagens seria “**uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança.**”<sup>169</sup> Quanto ao fundamento político-criminal assentava também em “**considerações de prevenção**”, mas ao contrário dos instrumentos em que a prevenção dirigia-se à remoção da perigosidade inerente a estes objetos, nas vantagens,

*“diversamente, o que está em causa primariamente é um propósito de prevenção de criminalidade em globo, ligado à ideia – antiga, mas nem por isso menos prezável – de que «o “crime” não compensa». Ideia que se deseja reafirmar tanto sobre o concreto agente do ilícito-típico (prevenção especial ou individual), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (prevenção geral)”*<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, op. cit., pág. 635

<sup>169</sup> Idem, pág. 638

<sup>170</sup> Idem, pág. 632

Esta corrente doutrinária ganhou maior força com a modificação verificada no **CP logo em 1995**, através do DL n.º 48/95, de 15/03, que adotou na redação do art.º 111.º a formulação de “facto ilícito típico” em detrimento de “crime”. Por isso vários autores depois de Figueiredo Dias subscreveram a natureza jurídica de considerar o instituto **“uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”**. Neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque, sobre a versão anterior do art.º 111.º, dizia que,

*“a perda de vantagens (fructa scleris) é exclusivamente determinada por necessidade de prevenção. (..) não depende de uma condenação. (..) pois baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes”*<sup>171</sup>

Para João Conde Correia a natureza jurídica não era assim tão fácil de determinar. Embora reconhecesse que a perda das vantagens não pressupusesse a condenação pelo cometimento de um crime, *“mas apenas a prática de um facto ilícito típico”* **tinha dificuldade em considerar tratar-se de uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança por,**

*“esbarrar no facto de ele não estar dependente da perigosidade (..) e Uma providência sancionatória sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança”*.<sup>172</sup>

Embora este autor não estivesse de acordo quanto à natureza jurídica do instituto, numa coisa **estava de acordo** com aqueles, a possibilidade de aplicar o **regime mesmo no caso em que nenhuma pessoa pudesse ser punida**. A posição de Figueiredo Dias, face à redação do CP em 1982, mostrava-se mais arrojada do que a posição defendia por Damião da Cunha, a qual estava mais em linha com o teor do artigo (exigência de um crime). Todavia, Figueiredo Dias manifestava-se contra a posição deste autor porque,

*“Tudo conduziria directamente à conclusão de que, diversamente do que sucede com o instituto consagrado nos arts. 107.º e 108.º, a perda prevista*

---

<sup>171</sup> Paulo Pinto Albuquerque, “Comentário do Código Penal (..)”, op. cit. pág. 460

<sup>172</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 96-97

*no art.º configuraria uma verdadeira pena acessória, indissoluvelmente ligada à (e limitada pela) culpa do agente.”<sup>173</sup>*

A posição defendida por Damião da Cunha ficou mais frágil após a alteração do termo “crime” por “facto ilícito típico”, no art.º 111.º n.º 1 e 2 do CP, operada pelo DL n.º 48/95, de 15/03. Contudo, a perda das vantagens continuou a não prever uma disposição expressa a determinar a aplicação aos casos em que nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto, mas nem por isso a doutrina se retraiu, ao ponto de ser quase unânime e acolher a posição de Figueiredo Dias. Porém, não embarcamos pela via da unanimidade, pensamos que seria legítimo, à data, perguntar porque é que o legislador omitiu uma disposição igual à do n.º 2 do art.º 109.º do CP de 1995 (correspondente ao antigo n.º 2 do art.º 107.º) que permitia declarar a perda independentemente de existirem responsáveis criminais. Face a tal omissão pensamos que também é defensável um entendimento oposto, ou seja, que a dita “omissão” foi intencional, porque a nossa ingenuidade quer acreditar que “*o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”, ex vi art.º 9.º n.º 3 do Código Civil. Se era defensável a posição de Figueiredo Dias sobre o pretérito artigo da perda dos instrumentos e produtos que usava o vocábulo “crime” e tal não deveria ser impeditivo para considerarmos que se deveria interpretar como “facto ilícito típico”, por existir disposição expressa que permitia declarar a perda ainda que nenhuma pessoa pudesse ser punida, pensamos que pela mesma ordem de ideias, ou seja, inexistência, na altura, no CP de um ponto no antigo art.º 111.º (ao contrário do que acontece agora com o n.º 5 do art.º 110.º) que alargasse o âmbito da aplicação aos casos em que “nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto”, tal implicava que o uso de “facto ilícito típico” na redação da norma não significava só por si que não seria exigível um “crime” no sentido técnico do termo.

Neste sentido, ou interpretamos nós, Pedro Caeiro avançou com a defesa de uma posição que parecia considerar a necessidade de um “crime.” Relativamente à concreta natureza jurídica do instituto de perda das vantagens Pedro Caeiro defendia uma via alternativa ou por ele apelidado de *terceiro género*. Para este autor **a norma não exigia nenhum requisito de perigosidade** no instituto da perda das vantagens e por isso de parte estaria considerar como “uma providência sancionatória análoga à medida de

---

<sup>173</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “*Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime*”, op. cit., pág. 631

segurança”. Para Pedro Caeiro nem pelas finalidades que serve, nem pelos pressupostos em que assenta se pode querer equiparar a perda das vantagens a uma “providência sancionatória análoga à medida de segurança”. Do ponto de vista das finalidades esta perda tinha mais proximidade com as penas do que com as medidas de segurança porque,

*“(…) a mensagem “o crime não compensa” é principalmente dirigida à comunidade (prevenção geral), e só em segundo plano ao visado (prevenção especial)”. Depois a analogia não vinga porque deixa de fora a concreta perigosidade do agente e “Como se sabe, é o perigo do cometimento de novos ilícitos que constitui o fundamento e, em certo sentido, a medida da medida de segurança.”<sup>174</sup>*

Mais diz que se estaria a exorbitar o quadro das medidas de segurança no caso de transferir o juízo de perigosidade do agente para um estado patrimonial. Assim, Pedro Caeiro pensa que,

*“Desse jeito, parece preferível **conceber a perda clássica** como um **tertium genus** dentro da panóplia das reações penais.”<sup>175</sup>, ou seja, uma terceira via, via alternativa, em suma, uma nova classificação, porque “**Todas visam finalidades de prevenção criminal e todas arrancam de um tronco comum** – um concreto facto ilícito-típico-, requerendo depois, circunstâncias particulares(..) **a pena exige a culpa; a medida de segurança exige a perigosidade do agente; a perda basta-se, muito prosaicamente, com a existência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime.**”<sup>176</sup>.*

Não podemos deixar de reparar na forma como este autor concluiu o seu raciocínio ao usar o conceito “crime”, e, para nós, parece-nos que em sentido técnico-jurídico. Por isso, parece-nos que, não era líquido que na redação anterior do artigo da perda das vantagens não fosse exigível a comprovação de um crime. Esta discussão, no presente momento, revela-se estéril porque com a modificação operada, pela Lei n.º 30/2017, “*legem habemus*”. A perda das vantagens pode ocorrer, nos termos do n.º 5 do

---

<sup>174</sup> Pedro Caeiro, “Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (..)” op. cit. pág. 307

<sup>175</sup> Idem. op. cit. pág. 308

<sup>176</sup> Ibidem

art.º 110.º do CP, “*ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz*”. Esta novidade expressa da norma veio resolver a “*vexata quaestio*”, prescindindo-se da culpa para aplicação do instituto.<sup>177</sup>

Além das posições já referidas dos autores Figueiredo Dias, Paulo Pinto de Albuquerque, João Conde Correia, Pedro Caeiro surge-nos uma outra que não devemos descurar. Hélio Rodrigues diz-nos algo evidente, mas que pode passar ao lado da discussão,

*“Não são muitas as teses que pugnam pela atribuição de natureza “quase penal” à perda de bens, mas, porventura, por se tratar de matéria regulada no Código Penal, a generalidade dos autores não dispensa a sua equiparação a institutos de natureza penal, como seja a medida de segurança a que acresce que a jurisprudência dos tribunais superiores classifica-a constantemente como uma «sanção»”*<sup>178</sup>

E com isto o autor pretende que se aprecie **a perda das vantagens de um prisma civil** porque,

*“é aquele, em nossa opinião, que deve nortear a sua análise”*. Prossegue este autor dizendo que *“O fundamento teleológico da definição dogmática da natureza do instituto da perda das vantagens do crime no mundo jurídico **partilha, com a responsabilidade civil, a sua finalidade preponderante**. Se um comportamento ilícito (na perspectiva penal e civil) causa prejuízos a terceiros, e concomitantemente acarreta benefícios económicos para o agente, o Estado tem obrigação de conceder*

---

<sup>177</sup> O conceito de crime em sentido técnico-jurídico exige facto, ilícito, típico e culposos (e punível), mas na nova redação da perda das vantagens este elemento cai, permitindo dessa forma que as vantagens obtidas decorrentes da prática do facto ilícito típico ocorram mesmo que: 1) o facto tenha sido praticado por um inimputável; 2) quando o agente tenha falecido antes do apuramento das responsabilidades jurídicas penais do cometimento do facto ilícito típico; 3) ainda no caso de o crime não ter sido consumado (embora esta hipótese nos parecesse que já estivesse contemplada anteriormente) e 4) no caso de contumácia.

<sup>178</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (..)*”, op. cit. pág. 200

*mecanismos para assegurar a anulação destes efeitos, sem que o desenho ontológico e dogmático dos instrumentos normativos utilizados nesse labor deixe de assumir urna natureza puramente cível, ainda que o facto deva igualmente ser penalmente sancionado. O binómio prejuízo/benefício parte aqui de idêntica premissa, e não se afasta de uma lógica puramente patrimonial, ainda que as finalidades da sua anulação, obviamente, não sejam idênticas.*”<sup>179</sup>

No seguimento deste raciocínio Hélio Rodrigues acrescenta ainda que, “Com efeito, como vem sendo defendido por alguma doutrina estrangeira, nos casos da perda das vantagens resultantes da prática do crime, o que está em causa é uma **medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita**, ou, por outras palavras, de uma medida tendente a impedir um lucro ilícito. Neste caso, como sugere Mapelli Caffarena trata-se de uma **medida muito próxima da responsabilidade civil**, uma vez que **não responde aos fins retributivos e preventivos do sistema penal**, bem como porque a sua abrangência não se determina com base em critérios estabelecidos para as consequências do crime. Com efeito, **tal como numa indemnização, a declaração de perda das vantagens do crime visa repor o status quo ante à prática do facto ilícito**, e nessa medida fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu. A devolução ao Estado dos proveitos económicos resultantes da prática de uma infracção **não pode considerar-se, de qualquer perspectiva, uma medida de carácter sancionatório**. Trata-se, na verdade, de uma **mera «restituição»**, ou então, se apreciado da perspectiva do Estado **«recuperação dos activos»**”<sup>180</sup>

Para que fique claro não concordamos com nenhuma das posições dos vários autores em absoluto ou no seu todo, mas por outro lado reconhecemos em cada uma das construções premissas válidas para a nossa conclusão. Após analisar as várias posições doutrinárias dúvidas não há de que estamos perante uma matéria controversa. Quanto à

---

<sup>179</sup> Idem, pág. 202-203

<sup>180</sup> Idem, pág. 203-204

nossa conclusão é de que se trata de uma *providência sancionatória de natureza análoga ao pedido de indemnização civil* (fundando-se numa responsabilidade civil). Desde logo mantemos que se trata de uma providência sancionatória tal qual defendida por Figueiredo Dias e Paulo Pinto de Albuquerque, ou seja, a **necessidade de existência de um facto ilícito típico** e que a medida sancionatória visa propósitos de “*prevenção de criminalidade em globo, ligado à ideia – antiga, mas nem por isso menos prezável – de que «o “crime” não compensa».*” Mesmo para Hélio Rodrigues que não considera estarmos perante uma “sanção” diz-nos que “*Cumpre, ainda assim, reconhecer e ter presente que a relação de dependência a um facto ilícito típico é, neste particular, ponto inultrapassável.*”<sup>181</sup>. Estamos de acordo com Pedro Caeiro quando nos diz que estamos perante *um tertium genus* e que se visa “*finalidades de prevenção criminal e todas arrancam de um tronco comum – um concreto facto ilícito-típico*”. Por outro lado, concordamos com João Conde Correia e da sua relutância da analogia da perda às medidas de segurança por **falta do elemento perigosidade** (e, como nos diz este autor “*uma providência sancionatória sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança*”). Embora de reduzido valor argumentativo, mas com o qual não deixamos de concordar, dizia este autor ainda que,

“*(..)a verdade é que o legislador não incluiu o confisco nos capítulos dedicados às penas ou às medidas de segurança, mas num capítulo autónomo (capítulo IX do CP), singularmente denominado apenas «perda de instrumentos, produtos e vantagens».*<sup>182</sup>.”

Quanto ao carácter análogo ao pedido de indemnização civil trata-se de uma opção certamente controversa. Todavia, achamos que a alteração operada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, veio dar um sinal ainda mais claro e forte dirigido ao combate às vantagens obtidas pelos agentes dos factos ilícitos típicos. A perda ocorre aquando da verificação de um facto ilícito típico e do qual resultou a existência de uma vantagem económica para o agente ou outrem.

A natureza da norma é **equiparável** ao pedido de **indemnização civil** por se **visar restituir as vantagens** aos lesados pela conduta antijurídica, no caso, a sociedade no seu todo ou de algum interesse particular protegido pela norma. Com isso

---

<sup>181</sup> Idem, pág. 202

<sup>182</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit., pág. 97



**prosseguem-se finalidades preventivas de caracter geral**, demonstrando que o facto ilícito típico não compense, isto é, que não seja fonte de constituição de riqueza. E como diz Hélio Rodrigues,

*“Com efeito, tal como numa indemnização, a declaração de perda das vantagens do crime visa repor o status quo ante à prática do facto ilícito, e nessa medida fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu.”*<sup>183</sup>

No que ao art.º 36.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, relativo à perda das vantagens, diz respeito a redação assume-se idêntica à redação anterior do art.º 111.º do CP. Não tendo este artigo sido atualizado pela Lei 30/2017 continua a não prever uma norma igual ao artigo 110.º n.º 5 do CP. Pelo exposto não concordamos, pelos motivos *supra* apontados, com Hélio Rodrigues quando diz que,

*“Pese embora o legislador tenha deixado intocada a 105.ª edição do artigo 36.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, onde ainda se faz referência à «infração», deve esta ser entendida com o mesmo significado de «facto ilícito», que prescinde da comprovação judicial da existência de um «crime».”*<sup>184</sup>.

\*\*\*

---

<sup>183</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (...)”, op. cit. pág. 203-204

<sup>184</sup> Idem, pág. 220

#### 2.4.4 das vantagens da perda alargada

A Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económica-financeira, e que contem disposições relativas à perda de bens a favor do Estado, foi, também, alvo de alterações legislativas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Muito haveria para falar sobre este regime de tão diferente daquilo que temos vindo a analisar. Contudo, face ao tema deste ponto daremos ênfase à matéria da natureza jurídica da perda das vantagens de atividade criminosa, art.<sup>os</sup> 7.º a 12.º-A.

Uma das alterações feitas à Lei 5/2002 foi a criação de uma secção com a denominação “Perda alargada”.<sup>185</sup> Esta alteração só por si não se pode dizer que tenha sido substancial na medida em que a secção criada era constituída maioritariamente pelos artigos que já previamente existiam à transposição da diretiva (7.º a 12.º). De resto a doutrina adotava regularmente esta terminologia quando se referia a este regime especial de perda de bens (além da outra, também, comumente usada de “perda ampliada”). Antes de abordarmos a natureza jurídica citamos o professor **Augusto Silva Dias** que contextualiza este regime como,

*“(..)assente estruturalmente numa presunção e numa inversão do ónus da prova. (..) a condenação pela prática de um crime sob forma organizada lança a suspeita ou torna razoável a suposição de que os sinais exteriores de riqueza manifestados pelo arguido provêm da actividade criminosa em cujo quadro o crime foi cometido(..) à acusação compete provar a desproporção entre o património ostentado e o rendimento lícitamente obtido pelo arguido e a este cabe ilidir a suspeita de que essa incongruência patrimonial se funda na actividade criminosa organizada. Tal incongruência constitui a base da presunção e o ónus da prova invertido. Se o arguido não ilidir a presunção, ou o fizer de forma deficiente ou não convincente, contribuirá para a convicção do tribunal de*

---

<sup>185</sup> Para os autores M<sup>a</sup> do Carmo Silva Dias e Hélio Rigor Rodrigues a transposição do artigo 5.º da Diretiva, relativo à “perda alargada”, não foi feita para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 30/2017, nos termos previstos pela diretiva. Para mais desenvolvimento vide “O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pág. 63ss e 113ss.

*que os bens resultam da actividade criminosa e promoverá a aplicação do confisco.*”<sup>186</sup>

Para este professor,

*“A sua natureza é, pois, eminentemente penal, constituindo em nosso entender um efeito da pena.”*<sup>187</sup> Sobre o efeito da pena Augusto de Silva Dias, no seguimento dos ensinamentos de Figueiredo Dias, diz-nos ainda que o *“traço distintivo principal é a filiação em exigências de prevenção e não em exigências de culpa, por isso que não é verdadeira pena.”*<sup>188</sup>

Em sintonia com este autor **Paulo Silva Marques** configura também,

*“o confisco ampliado como um efeito da pena, de consequências patrimoniais, não automáticas, para o arguido. (..) apesar de lhe atribuir carácter penal, refere que os efeitos das penas, não assumem a natureza de verdadeiras penas por lhes faltar o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas (..) Efectivamente, configurado o confisco ampliado como um efeito da pena, o mesmo não será aplicável em situações de decisão absolutória no processo principal, tornando-se então, mister, que a decisão da questão principal seja previamente solucionada relativamente à decisão do confisco (..)”*<sup>189</sup>

A posição destes autores de considerar a perda alargada um efeito da pena parece-nos irrepreensível desde logo porque é evidente que o instituto só opera mediante uma condenação (exigência *sine qua non*). Obviamente que este “instrumento” visa repercutir no património do condenado a incongruência apurada. A perda das vantagens nos termos deste regime não é automática porque o arguido pode, após ser confrontado com a liquidação, ilidir a presunção. A natureza jurídica assim configurada dificilmente poderia não ser considerada como tendo um **carácter penal**. Contudo, esta não é a única posição existente sobre o assunto e a nossa perspectiva mundana tem dificuldade em desacoplar uma ideia de culpa do efeito da pena. Quanto às outras hipóteses João Conde Correia resume-nos que,

---

<sup>186</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*” op. cit., pág.38-39

<sup>187</sup> Idem. pág. 39

<sup>188</sup> Idem. pág. 39, nb 31

<sup>189</sup> Paulo Silva Marques, “*O Confisco ampliado no direito penal português*”, op. cit. pág. 314-315

*“As teses oscilam entre o carácter penal e a natureza administrativa do confisco alargado.”*<sup>190</sup> De um lado coloca a tese do efeito da pena defendida por Augusto Silva Dias (e também por Paulo Silva Marques) e no outro a tese que considera uma *“medida de carácter não penal (...), de carácter análoga a uma medida de segurança (...) No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal.”*<sup>191</sup>

O autor aponta como exemplos desta tese Damião da Cunha, Pedro Caeiro e ainda outros autores aos quais podemos acrescentar Érico Fernando Barin. Contudo, as posições destes autores não são todas idênticas, mas confluem para a natureza materialmente administrativa. Além destas duas teses, colocadas em polos opostos, segundo João Conde Correia, na doutrina nacional, Jorge Godinho ocupa o espaço de uma,

*“conceção intermédia, partindo ainda do carácter penal do confisco, defende que ele deve ser configurado – à semelhança da perda das vantagens patrimoniais - «como uma reacção penal análoga a uma medida de segurança».”*<sup>192</sup>

Além destas teses parece-nos que uma outra está a querer despontar na doutrina nacional, ou pelo menos a ganhar expressão, e que resolve o “problema” da natureza jurídica com recurso a uma **perspetiva civil**. Para além destas teses o próprio **Tribunal Constitucional** veio contribuir de algum modo e considerar o regime de perda de bens da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, como um **“procedimento enxertado em processo penal”**. Face ao resumo apresentado importa desenvolver as respetivas posições dos autores para depois nós próprios tentarmos extrair algumas conclusões. Das várias teses apontadas, **Jorge Godinho**, parece-nos, que assume isoladamente a defesa da posição tomada. Este autor fundamenta bem a questão da **índole penal do confisco alargado** (dependência de uma condenação; fins de prevenção criminal; regime subsidiário são as regras do confisco das vantagens do crime do CP e a prova faz-se nos termos do CPP)<sup>193</sup>, mas os argumentos usados para fazer a analogia com as medidas de segurança é que não acolhemos. A relutância deve-se a não perspetivarmos em concreto o

---

<sup>190</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit., pág. 113

<sup>191</sup> Idem. pág. 114

<sup>192</sup> Ibidem

<sup>193</sup> Jorge Godinho, *“Brandos Costumes”*, op. cit. pág. 1348

elemento “perigosidade” que permita fazer a referida analogia. Ainda para mais este autor rejeita como possível justificação da perigosidade advir do património,

*“atento o seu potencial uso no cometimento de posteriores crimes: a disponibilidade de meios financeiros por parte da criminalidade organizada constituiria um “perigo in rem”. Conclui, pois, tratar-se de uma “reação penal de suspeita (...) destinado a ultrapassar as dificuldades de prova.”*<sup>194</sup>

Vejamos agora as teses que apontam para uma **natureza materialmente administrativa**. Neste sentido começamos por **José M. Damião da Cunha** que nos diz que,

*“trata-se pois de uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análoga a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime). No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal.”*<sup>195</sup>

Esta posição também nos parece defensável nalguns dos seus pontos, embora não todos. Antes de se fazer qualquer apreciação crítica convém perceber o raciocínio do autor o qual nos parece extremamente válido. Quanto ao porquê de não considerar tratar-se de uma medida penal diz-nos que,

*“o tipo de sancionamento que aqui está em causa não é sancionamento penal: primeiro, porque nada tem a ver com crime; segundo, porque escapa, na sua determinação, a factores relacionados com o crime. Isto significa que, não se tratando de um processo penal, se trata de um processo autónomo prejudicado por uma condenação — e é autónomo porque tem um acto autónomo que o desencadeia (a liquidação) e tem uma estrutura, pelo menos probatória, de índole radicalmente diversa da do processo “principal”.*<sup>196</sup>

Na nossa visão sobre este assunto este pensamento é de uma pertinência assaz porque o procedimento destinado a declarar a perda das vantagens no âmbito da Lei

---

<sup>194</sup> Idem. pág. 1351

<sup>195</sup> José M. Damião Cunha, “perda de bens a favor do estado -Medidas de combate á criminalidade organizada Económica-Financeira”, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 134

<sup>196</sup> Idem. pág. 150

5/2002 é **autónomo ao processo-crime**, embora dele faça parte integrante (isto é, nos termos da legislação vigente). Aliás se o procedimento não é suficientemente autónomo face à configuração de lei atual devia-se pugnar para que fosse (ou assim o pensamos). Por agora não nos adiantaremos mais sobre este entendimento porque lhe dedicaremos atenção mais à frente. Por outro lado, já não acompanhamos este autor na conclusão que retira de,

*“trata-se de um processo “administrativo-fiscal”, prejudicado por uma condenação — que visa um confisco. Com efeito, a expressão liquidação (denominação comum de um certo acto administrativo) e o tipo de julgamento que está em causa não nos deixam quaisquer dúvidas (não se trata, pois, de qualquer sanção civil ou de um processo civil).”*<sup>197</sup>

Como dissemos concordamos com a parte de ser um processo/procedimento autónomo (e que deveria ser mais) e também concordamos com a afirmação de estar “prejudicado por uma condenação”, mas daí partirmos para a conclusão de que se trata de um “processo administrativo-fiscal” é que não vemos uma correlação de maior. Por outro lado se concordamos com a justificação para não considerar a perda como uma medida penal (-“o tipo de sancionamento que aqui está em causa não é sancionamento penal: primeiro, porque nada tem a ver com crime; segundo, porque escapa, na sua determinação, a factores relacionados com o crime-”) por outro não concordamos com a conclusão retirada, isto é, de tratar-se de uma sanção *sui generis*.<sup>198</sup> Pugna também por considerar a perda alargada como uma medida administrativa Érico Fernando Barin. Todavia, este autor, vai mais de encontro à posição de Pedro Caeiro do que Damião da Cunha. Quanto à posição em concreto de **Érico Barin** o mesmo começa por considerar que,

---

<sup>197</sup> Ibidem

<sup>198</sup> A posição de Damião da Cunha (carácter não penal atribuindo-lhe a natureza de sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal não é partilhada por Paulo Silva Marques pelas seguintes razões que importa conhecer: “ 1) todo o processo decorre nos quadros específicos do direito penal; 2) extensão do recurso penal a esta medida 3) o confisco cumpre finalidades de prevenção inerentes ao sistema penal 4) sistema de garantias do processo penal ser maior que qualquer outro ramo do direito. Para mais pormenores vide Paulo Silva Marques, - “O Confisco ampliado no direito penal português”, Op. citada pág. 313. Quanto ao ponto n.º 1 do autor não devemos dar-lhe muita importância porque não é pelo facto de ser decidida no processo penal matérias de natureza civil (art.º 71.º do CPP - pedido de indemnização civil) que tal altera a sua substância; O ponto n.º 2: pelos mesmos motivos anteriores art.º 402.º n.º 2 al. c) do CPP; O ponto n.º 3 pode também ser visto numa perspectiva de indemnização, ou seja, a declaração de perda das vantagens do crime visa repor o *status quo ante* à prática do facto ilícito; O ponto n.º 4 pode ser verdade, mas como veremos no capítulo dedicado à constitucionalidade do regime o sistema vigente pode ser mais prejudicial do que a separação.

*“sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, pode ser objetada, pela inexistência verdadeiramente de uma sanção, sobrando mais adequada a conceituação de Pedro Caeiro, como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”, à semelhança do que ocorre na Alemanha, onde o confisco alargado não é sanção penal ou algo análogo, e sim uma medida. Com efeito, a perda alargada pode ser sintetizada como uma **medida administrativa sui generis**, com as peculiaridades de **depende de uma condenação criminal** e de o correlato procedimento tramitar e ser decidido num tribunal criminal”<sup>199</sup>.*

A referida posição de não considerar uma sanção, mas antes como uma **medida sui generis** parece de salutar porquanto afasta possíveis confusões para quem ainda pense que está dependente em concreto da culpa do agente. Este autor apoia-se na posição defendida por **Pedro Caeiro** pelo que olharemos para ela agora. A posição deste autor acompanha, em parte, Damião da Cunha, considerando a perda alargada,

*“como uma **medida (embora não como uma sanção) de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal**; (...) um **processo sui generis**, que, não sendo processo penal (...) não pode deixar de respeitar alguns dos seus princípios típicos, como sejam, v.g, o contraditório, o direito a uma defesa efectiva e a igualdade de armas.”<sup>200</sup>*

Pedro Caeiro não considera a medida como uma,

*“sanção penal sui generis (...) nem um efeito da pena, nem pode constituir reacção penal alguma, por uma razão singela mas decisiva: a sua causa não é um facto (típico, ilícito e culposo) punível, mas sim um património incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes (a “actividade criminosa”). A nosso ver, essa ausência de um facto é bastante para negar, no plano material, a pertinência do instituto às reacções penais, em qualquer das suas categorias, incluindo a dos “efeitos da pena” (rectius, da condenação): a pena (ou condenação) é necessariamente referida ao crime por que o agente é sentenciado, pelo*

---

<sup>199</sup> Érico Fernando Barin, “Alargar a Perda Alargada: O Projeto Fenix”, op. cit. pág. 68

<sup>200</sup> Pedro Caeiro, *Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens*, op. cit. pág. 311-312

*que é nessa relação que os “efeitos” (...) hão- de encontrar-se e esgotar-se.”*<sup>201</sup>

Esta posição tem argumentos de valor que também acolhemos e que nos parece que pode ser sintetizado na ideia de que a perda alargada não é uma sanção penal, ou, sanção penal *sui generis*, ou qualquer outra porque não tem como causa direta o facto ilícito típico e culposo. Desde já adiantamos que nos parece que a condenação *in casu* no processo-crime pode assemelhar-se a uma condição de natureza análoga ao requisito de **procedibilidade**. Quanto ao considerar de “natureza materialmente administrativa” continuamos sem perceber a justificação. Falta-nos, por último, falar sobre as posições que atribuem à perda das vantagens uma substância civil. Um dos primeiros autores que identificámos como estando associado ao referido pensamento é **Lourenço Martins**. Diz-nos este autor que,

*“A defesa do sistema actual pode, a meu ver, conseguir-se pelo facto de a medida acabar por se converter num mecanismo semelhante ao de um enxerto cível dentro do processo penal.”*<sup>202</sup>

Este autor aponta como razão de ser da norma a existência de outras disposições onde questões de índole civil são decididas no processo-crime, bem como faz referência ainda a procedimentos especiais existentes em termos de direito comparado onde a questão patrimonial, apelidada de **ad rem**, é decidida num procedimento especial.<sup>203</sup> Sobre as posições de Lourenço Martins e de Damião da Cunha o professor Augusto

---

<sup>201</sup> Idem. pág. 310

<sup>202</sup> A. G. Lourenço Martins, “Luta contra o tráfico de droga: necessidades da investigação e sistema garantístico”, Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 28, n.º 111 (Julho-Setembro 2007), pág. 50-51

<sup>203</sup> Idem. pág. 50-51. O autor concretiza aquilo que acabámos de resumir: “A “pretexto” da prática de um crime, e perante um património aparentemente injustificado, coloca-se a cargo do arguido a demonstração de que esse património provém de origem lícita, com base no regime das presunções. Já em tempos detectámos a orientação de alguns países no sentido de se estabelecer uma diferença clara entre o procedimento conducente à culpabilidade ou inocência de uma pessoa (no quadro do qual deve persistir o respeito rigoroso da presunção de inocência e do princípio “in dubio pro reo”) e, por outro lado, o **procedimento especial** tendente a determinar se a origem de um bem é lícita ou ilícita. Encontrando-se a autoridade judiciária penal em face de dois procedimentos de finalidade e natureza totalmente distintos, um “ad personam” e o segundo “**ad rem**”, poderá distanciar-se, neste segundo, do princípio “in dubio pro reo”. **O tratamento da questão no processo-crime, mas por meios semelhantes aos do processo civil, tem antecedentes no regime previsto, com alguma similitude, para a defesa de direitos de terceiros de boa-fé — artigo 17º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro e artigo 36º-A, do Decreto-Lei n.º 15/93, na redacção da Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro e artigo 52º da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março (branqueamento de vantagens de proveniência ilícita) — que também tem lugar no processo-crime.”**



Silva Dias manifestou-se contra. Este autor diz-nos que o confisco na sentença condenatória tem o efeito de estender o direito ao recurso o que ficaria impedido se a aplicação tivesse lugar após o trânsito em julgado. Tal só não sucederia exatamente se o confisco “*culminasse um incidente processual autónomo, de natureza civil*”<sup>204</sup> (ou ainda administrativa-fiscal). Ora esta hipótese – incidente processual autónomo de natureza civil - colocada por este autor parece-nos satisfatória, sendo, por isso, aquela que viremos a defender como explicaremos mais adiante. Mas ao avançar esta hipótese como solução, de imediato, Augusto Silva Dias a critica por se perder a “natureza penal” e consequentemente as garantias de tal procedimento. Ora se o procedimento perder a “natureza penal”, se é que a tem (ou se a tem será que deveria ter?), daqui também não virá mal nenhum (no nosso entendimento). Quanto às garantias parece-nos que tal teria obrigatoriamente de ser contemplado pelo regime que viesse a ser instituído. Mais adiantamos que nos termos em que a perda alargada opera é que pode colocar as aludidas garantias em “xeque”. **Augusto Silva Dias** defende por isso que,

*“o confisco seja objeto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretado na sentença condenatória”*.<sup>205</sup>

Podemos afirmar que esta foi a posição acolhida pelo Tribunal Constitucional e por isso incontornável numa análise do sistema nacional. Para Augusto Silva Dias apesar de considerar que a situação,

*“implica uma compressão do princípio da presunção da inocência”, tal constitui “uma compressão que não é desproporcional”*<sup>206</sup>. Se concordamos com a primeira parte da premissa não concordamos com a parte conclusiva, v.g “*nemo tenetur*” (e que mais adiante explicaremos).

A favor do prisma civil, além do autor Lourenço Martins, temos os autores João Conde Correia e Hélio Rigor Rodrigues. **Hélio Rodrigues** defende que,

*“apreciando-se a perda das vantagens de um prisma civil, que é aquele, em nossa opinião, que deve nortear a sua análise, passaria a ser cristalina a inofensividade deste instituto, mesmo no regime da Lei n.º*

---

<sup>204</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*” op. cit., pág. 40-41

<sup>205</sup> Idem. pág. 41

<sup>206</sup> Ibidem

*5/2002, de 11 de janeiro” Neste sentido seria possível “concretizar a possibilidade de reconhecimento do «confisco não baseado numa condenação» tal como exige o artigo 5.º da Proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho, sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, de 12.3.2012”*<sup>207</sup>

Com um raciocínio mais extenso **João Conde Correia** manifestou a sua posição, num artigo publicado em 2016, a propósito dos acórdãos do Tribunal Constitucional que se pronunciam sobre a constitucionalidade do regime especial de perda de bens da Lei 5/2002, de 11 de janeiro. A propósito de um desses acórdãos diz este autor que,

*“O principal e mais forte argumento do Tribunal Constitucional prende-se com a verdadeira natureza dogmática da perda alargada.”*<sup>208</sup> Este autor depois faz referência ao acórdão n.º 392/2015, Pr.º n.º 665/15, do TC, que transcrevemos na parte citada pelo mesmos e que diz “**«Embora enxertado naquele processo penal, o que está em causa neste procedimento ... não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa. Daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos».**” Ora desta posição decorre para o autor uma consequência que é “**Apesar de enxertada no processo penal, a perda alargada não tem carácter sancionatório sendo, em bom rigor, uma non conviction based confiscation**”. Para esta posição o autor fundamenta que “O valor da

---

<sup>207</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (...)” op. cit. pág. 202

<sup>208</sup> João Conde Correia, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015”, Revista do Ministério Público, n. 145 (Janeiro-Março 2016), Lisboa, 2016, pág. 212-213

*incongruência não tem qualquer relação direta ou indireta com um determinado crime concreto, sendo apenas uma situação patrimonial inexplicável, que, por ocasião daquele crime pressuposto, se presume também proveniente de atividade criminosa e, por isso, desencadeia o seu confisco. Como o arguido não consegue justificar a origem lícita do seu património, o Estado procede à ablação do montante inexplicado.”*<sup>209</sup> Nesses termos, *“Retirar aquilo que resultou daquele, seja em benefício do lesado, seja em proveito do Estado, jamais será portanto uma pena. É apenas um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito”*.<sup>210</sup> Neste sentido as garantias inerentes ao processo penal podem ser dispensadas *“Devido à sua natureza civil, enquanto mero mecanismo de manutenção de uma ordem patrimonial conforme ao direito, o confisco pode dispensar aquela garantia processual penal”*.<sup>211</sup> Mais nos diz que *“Em suma, no momento da determinação do montante da perda alargada, a culpa do condenado já está determinada para além de qualquer dúvida razoável, nada impedindo, por isso, o funcionamento daquela presunção. Com a adoção desta tese, o nosso Tribunal Constitucional reconhece implicitamente que - malgrado os riscos de contaminação do juízo sobre a culpabilidade e até da agravação da posição processual do arguido - a condenação e a perda alargada podem ocorrer sucessivamente, no mesmo processo, não tendo que esperar por um momento autónomo posterior, como advogava Damião da Cunha. A mera autonomia intra- processual das duas questões (à semelhança da separação entre a questão da culpabilidade e a questão da determinação da sanção ou da diferença entre a questão penal e a indemnização civil) será suficiente para afastar esses perigos e legitimar a presunção. Os juízes serão, certamente, capazes de separar entre uma coisa e outra.”*<sup>212</sup> Por isso é interpretação deste autor que *“Seja como for, ao configurar a perda alargada como um mero mecanismo civil de regulação patrimonial, sem qualquer ligação com um fato ilícito pretérito*

---

<sup>209</sup> Idem. pág. 213

<sup>210</sup> Ibidem

<sup>211</sup> Idem. pág. 214

<sup>212</sup> Idem. pág. 215

*e sem carácter sancionatório, o Tribunal Constitucional parece indicar-se neste sentido.*”<sup>213</sup>

Face a tudo o que o autor João Conde Correia acima disse, e com o qual concordamos em grande parte, começamos por dizer que a leitura final feita por este autor, sobre o acórdão, parece-nos excessiva na medida em que se assume que o acórdão configura o mecanismo da perda alargada como tendo natureza civil. Se é certo que os conselheiros do TC admitem que não está em causa apurar qualquer responsabilidade penal e que se trata de um procedimento enxertado no processo penal, por outro lado também dizem que *“para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo”*<sup>214</sup> **Não vemos no acórdão que o TC tome posição esclarecedora sobre a natureza jurídica.** Mais nos parece que considera o mecanismo como tendo uma **natureza sui generis**, porque apesar de enxertado no processo penal e nada ter ver com a culpa **segue os ritos próprios do processo penal**, o que poderá indiciar uma situação diversa daquele que João Conde Correia atribui à posição do TC. Com isto não queremos desconsiderar a posição defendida por João Conde Correia, antes pelo contrário. Face a tudo o que se disse sobre esta matéria da natureza jurídica da perda alargada prevista na Lei 5/2002 concluímos que há “espaço” para diversas posições na doutrina havendo argumentos válidos em todas elas.

A nossa conclusão sobre a natureza jurídica do regime da perda alargada pode ser vista em dois planos. **A solução consagrada na lei vigente e a solução no plano do dever-ser.** Quanto a nós, no plano atual, a posição do Tribunal Constitucional aproxima-se mais da posição do professor Augusto Silva Dias, que considera tratar-se de um **incidente processual enxertado**, correndo paralelamente ao **processo penal, sendo decretado na sentença condenatória.** Com esta aparente aproximação do TC aos argumentos daquele professor tal poderá indiciar que este tribunal acolheu que aquele procedimento tem **natureza penal** e a natureza jurídica é um **efeito da pena.** A natureza penal do instituto parece incontornável se atentarmos aos argumentos usados pelos seus defensores Paulo Silva Marques, Jorge Godinho, além do professor Augusto Silva Dias. Contudo, ao contrário do que defendem estes autores parece-nos que é

---

<sup>213</sup> Idem. pág. 220

<sup>214</sup> Acórdão do TC n.º 392/2015, Pr.º n.º 665/1, in Diário da República, 2.ª série, N.º 186, 23 de setembro de 2015

exatamente a questão de se estar a atribuir **natureza penal ao instituto**, obrigando o incidente processual enxertado a percorrer simultaneamente os mesmos passos do processo-crime - v.g defesa ao incidente de liquidação apresentado simultaneamente com a contestação *ex vi* art.º 9.º n.º 4 da Lei 5/2002, de 11 de janeiro -, **que se pode estar a retirar garantias aos arguidos**.

Pelo que se disse a solução do regime da perda alargada e da sua conformidade constitucional tem de passar por caracterizar o instituto como de **carácter não penal**. Se o instituto tem uma natureza não penal então deveríamos, em direito a constituir, dotar este mecanismo de um rito próprio por forma a garantir a plenitude dos direitos de defesa dos arguidos. A solução – carácter não penal – leva a questionar qual o direito aplicável? Como já tivemos oportunidade de afirmar não nos parece que a medida possa, mesmo face à luz do direito vigente, ser considerada uma sanção (penal ou de outra natureza) com os mesmos argumentos usados por Damião da Cunha para descartar tratar-se de uma sanção penal - “*primeiro, porque nada tem a ver com crime; segundo, porque escapa, na sua determinação, a factores relacionados com o crime*” -. Todavia, este autor considera que (apesar da natureza não penal) a perda constitui uma sanção de natureza materialmente administrativa (ou seja, de carácter não penal. Érico Barin e Pedro Caeiro chama-lhe medida administrativa). Sobre esta natureza colocam-se dúvidas se est(es) autor(es) considera(m) que tal significará que deverá ser este o ramo do direito a regular a perda alargada ou, ainda, se tal quererá significar que o direito aplicável será o penal, mas que pelo facto de ser uma “coisa” distinta do processo-crime designar-se-á por procedimento administrativo?

Por tudo isto parece-nos que no **plano do dever-ser** o instituto ganharia ser considerado como um **enxerto cível no processo penal** para afastar em definitivo a natureza penal do regime da perda alargada. E esta solução deveria caminhar para a **plena autonomização do enxerto civil** para que fossem acautelados de facto todos os direitos do arguido que podem ser conflituantes no momento em que é chamado a defender-se em simultâneo de duas situações – da acusação e da liquidação-. E perguntar-se-á **porquê considerar esta matéria de natureza cível**? Neste aspeto particular julga-se que a defesa foi bem-feita pelo autor João Conde Correia. O instituto **não visa apurar qualquer responsabilidade penal do arguido**. Procura-se determinar o valor da incongruência para uma eventual perda de bens (não se devendo confundir num concreto juízo de censura ou de culpabilidade). O que importa é impedir a manutenção e consolidação de ganhos que não sejam justificáveis. A medida **não tem**

**caráter sancionatório** e por isso dever-se-ia em bom rigor partir para a “*non conviction based confiscation*”. O **sistema vigente** ao continuar ligado ao processo penal (sem com isto dizer que tem natureza penal) **põe em causa os direitos de defesa do arguido**. Se o que se disse não satisfaz as dúvidas do porquê de considerar esta matéria de natureza cível parece-nos que tal parece ultrapassável com uma **analogia à responsabilidade civil**. A propósito da natureza jurídica das vantagens do Código Penal fizemos uma equiparação ao pedido de indemnização civil tal qual Hélio Rodrigues<sup>215</sup> Ora, na tese por nós defendida, a responsabilidade civil no âmbito da perda alargada assemelha-se, do nosso ponto de vista, a uma **responsabilidade objetiva** porque a obrigação de indemnizar resulta de uma conduta, **que prescinde da culpa ou da prática de um ato ilícito**. A **condenação**, como já dissemos, deve ser entendida como uma questão de **procedibilidade** do próprio processo/procedimento. Por isso a condenação por um crime prévio do “catálogo” do art.º 1.º da Lei 5/2002, 11 de janeiro, obrigaria o condenado numa responsabilidade tipo objetiva, se se apurasse no procedimento civil posterior que existia um património injustificável e para o qual este não apresentou justificação. Neste sentido João Conde Correia diz-nos algo que tem implícita esta ideia quando afirma que retirar as vantagens do arguido, seja a favor do lesado particular, seja do lesado Estado (sociedade no seu todo) **tal não constituirá uma pena e será um mecanismo civil**. Dito isto entendemos que a perda das vantagens no âmbito da Lei 5/2002 deverá vir a ser entendida como tendo **natureza civil** fundando-se a **obrigação de indemnizar numa responsabilidade tipo objetiva**. Com tal natureza, o procedimento no futuro dever-se-ia caminhar para a sua completa autonomia no sentido de uma “*non conviction based confiscation*”. Não colhe a razão de manter este procedimento como um enxerto no processo penal e, consequentemente, atribuir-lhe natureza penal para que não vingue o standard probatório do âmbito civil (por supostamente conferir menos direitos). A manutenção deste entendimento, quanto a nós, é que implica uma diminuição das garantias do próprio arguido no próprio processo-crime (a este respeito dedicaremos um tópico sobre a constitucionalidade deste regime e a compressão dos direitos do arguido).

---

<sup>215</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (..)*”, op. cit. pág. 203-204, “*tal como numa indemnização, a declaração de perda das vantagens do crime visa repor o status quo ante à prática do facto ilícito, e nessa medida fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu.*”

Em jeito de conclusão não gostaríamos de deixar passar a oportunidade de citar uma vez mais João Conde Correia que nos diz que,

*“Este debate não tem interesse meramente teórico ou académico, pois, do seu resultado final depende a solvabilidade de muitas das questões práticas suscitadas. Quem optar pelo carácter penal da medida terá de se conformar com inúmeras objeções de índole jurídico-constitucional(..)”.<sup>216</sup>*

## §

Importa ainda que neste tópico dediquemos umas linhas a uma questão diversa e colateral ao *supra* discutido e que é: se a estatuição legal que permite prosseguir o processo para perda das vantagens nos termos do art.º 127 n.º 3 do Código Penal, ou seja, prosseguimento do processo em caso de morte do agente é de alguma maneira extensível ao regime da perda alargada prevista na Lei 5/2002, de 11 de janeiro? A resposta parece-nos óbvia, bastando analisar os requisitos para aplicação do regime da perda alargada. Desde logo salta à vista que o art.º 7.º faz depender a sua procedibilidade de uma condenação. A redação do art.º 7.º n.º 1 inicia-se logo com um inequívoco *“Em caso de condenação pela prática de crime referido no art.º 1.º(..)”*. Desta redação retira-se que se exige a condenação no processo crime (isto é, a ocorrência de um facto, ilícito, típico e culposos) para que o regime especial de perda de vantagens a favor do Estado tenha condições de procedibilidade.

\*\*\*

---

<sup>216</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit., pág. 114

## 2.5 Dialética dos vários mecanismos de perda

Após termos visto regimes dispares que regulam substancialmente as mesmas áreas – perda de bens – questões de interação/aplicabilidade dos vários mecanismos entre si podem surgir. Como resolver a questão do regime em concreto a aplicar, quando por exemplo mais do que um surgir capaz de regular, é o que se pergunta aqui. Se estivermos a falar de um crime de tráfico de estupefacientes, em teoria, três regimes podem configurar-se como aptos a uma futura declaração de perda de bens - Código Penal, Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, e na Lei 5/2002, de 11 de janeiro -.

Hélio Rodrigues a propósito da aplicação dos regimes do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, e da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, parece defender uma prevalência do regime especial de perda de bens da Lei 5/2002 sobre aquele. Diz-nos este autor que,

*“Com efeito, no que concerne ao regime de perda de bens a favor do Estado no âmbito da criminalidade contemplada no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, é necessário que se tenha presente um **sistema jurídico organizado em três camadas verticais, que funcionam como filtros sucessivos**, que apenas deixam para as camadas inferiores o tratamento das matérias não compreendidas no regime anterior. Em primeiro lugar, o esforço do realizador do direito no âmbito da recuperação das vantagens **deverá ser canalizado para a aplicação do regime previsto no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro**, diligenciando pela recolha de elementos que permitam accionar a presunção de incongruência patrimonial. Isto não implica que, **concomitante ou sucessivamente se aplique o regime do artigo 36.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro**, contando que se encontre demonstrado o nexo ou vinculação exigidos legalmente entre o activo que se quer declarar perdido e a prática do facto.”*<sup>217</sup>

Porem não estamos em acordo *tout court* com esta posição. Para resolver este assunto parece-nos que devemos apelar aos princípios reguladores para os conflitos aparentes de normas. Diz-nos Germano Marques da Silva que,

*“O Código Penal não contém quaisquer directrizes sobre a inaplicabilidade de uma das normas convergentes sobre o mesmo facto e*

---

<sup>217</sup> Hélio Rigor Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (...)”, op. cit. pág. 190



*sobre a aplicabilidade de outra norma convergente que sobre a primeira prevalece e a exclui; remete para a doutrina a discussão e apresentação dos critérios necessários.”*<sup>218</sup>

Tereza Pizarro Beleza, a este propósito, diz-nos que,

*“Normalmente considera-se que as normas que estão entre si numa relação de concurso aparente podem estar designadamente em três tipo de relação umas com as outras: relação de especialidade; relação de subsidiariedade; ou numa relação de consunção;”*<sup>219</sup>

O princípio da especialidade diz-nos que a *lex specialis* sobrepõe-se à *lex generalis*, ou seja, a lei especial derroga a lei geral. Ora, assim sendo, constituindo o regime previsto na Lei 5/2002 um regime especial onde se regula, entre outras matérias, a perda de bens, tal faria supor que as normas do Código Penal seriam preteridas. Como dissemos não concordamos com este autor e o motivo é pelo facto do regime especial da Lei 5/2002, relativamente à aplicação do regime da perda alargada, exigir uma condenação. Nos termos da lei o regime aplicar-se-á após a decisão da condenação e depois da questão da declaração de perda ao abrigo dos outros regimes estar decidido. Daqui retiramos que não existe um conflito de aplicação das normas relativas à perda.

Se o conflito for entre as normas do CP e da Lei 5/2002 aplica-se primariamente o CP e só supletivamente as normas da Lei 5/2002 serão chamadas a aplicar após a decisão da culpa e dos bens. Este entendimento resulta indiretamente da leitura do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) para fixação de Jurisprudência de 22 de Outubro de 2014.<sup>220</sup> Neste acórdão o STJ foi chamado a pronunciar-se sobre o recurso com fundamento numa aparente oposição de decisões. No caso haveria um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Abril de 2014, (acórdão recorrido) que atribuiria um carácter supletivo ao regime de perda de bens da Lei 5/2002 face ao regime do CP e DL 15/93, e haveria um acórdão do Tribunal da Relação Porto, de 14 de Dezembro de 2005, (acórdão-fundamento), que alegadamente atribuiria um carácter imperativo ao regime previsto na Lei 5/2002 quando em confronto com os outros regimes de perda de bens. Para que fique claro o STJ não se pronunciou sobre o carácter

---

<sup>218</sup> Germano Marques da Silva, “*Direito Penal Português I*”, Lisboa, Editorial Verbo, 1997, pág. 309

<sup>219</sup> Teresa Pizarro Beleza, “*Direito Penal 1.º volume*”, publicação Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2ª Edição, Lisboa, 1984, pág. 451

<sup>220</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) para fixação de Jurisprudência, de 22 de Outubro de 2014, Processo 154/11.OPANI.L1-A.S1

supletivo ou imperativo do regime da Lei 5/2002, o que disse foi que inexistia oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão-fundamento porque neste último em lado nenhum vinha a defesa da imperatividade do regime especial. Contudo, o acórdão do STJ dá como assente que o acórdão recorrido confere carácter supletivo ao regime da Lei 5/2002. Por isso, importa trazer para a presente discussão, julgamos nós, o que foi decidido nesse acórdão de fixação de jurisprudência do STJ (isto na impossibilidade de aceder diretamente ao acórdão recorrido que não estava disponível para consulta). Assim, diz-nos o acórdão do STJ,

*“IV - O acórdão recorrido entendeu que no caso de perda de bens a favor do Estado só intervém a Lei 5/2002, por revestir carácter supletivo, quando o CP e o DL 15/93, de 22-01 forem insusceptíveis de aplicação. O acórdão-fundamento em parte alguma afirma que quando está em causa qualquer um dos crimes constantes do catálogo do art. 1.º da citada lei 5/2002 é sempre aplicável à perda de bens e vantagens ilícitas o regime dessa lei, nem é afirmado o carácter imperativo desse regime. Consequentemente, não há qualquer contradição entre os 2 acórdãos sobre a questão da imperatividade/supletividade da aplicação da disciplina da Lei 5/2002 aos crimes de catálogo neste previsto.”* Mais diz o acórdão do STJ que *“Analisando o acórdão recorrido, constata-se que ele declarou perdida a favor do Estado certa quantia de dinheiro apreendida a um arguido, quantia essa que se provara ser proveniente de tráfico de estupefacientes, fundando-se no regime previsto no art. 111º do CP e no art. 36º do DL nº 15/93, de 22-1, por entender que esses são os diplomas aplicáveis, só intervindo o disposto na Lei nº 5/2002, por revestir carácter supletivo, quando aqueles diplomas forem insuscetíveis de aplicação.”*

Pelo que se disse, temos para nós que, havendo vários regimes aplicáveis para uma futura declaração de perda de bens haverá que aplicar o princípio da especialidade da *lex specialis* derroga a *lex generalis*. Nesse sentido o regime especial do Tráfico de Estupefacientes previsto no Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, derroga o regime geral de perda de bens do Código Penal, mas só relativamente aos bens que estejam conexos com as infrações deste diploma. Todos os outros objetos que não estejam conexos com as infrações daquele Decreto-Lei, mas que mesmo assim se destinassem a ser

declarados perdidos por estarem conexos com outros ilícitos, aplicar-se-ia o CP. Após a condenação e consequente declaração de perda dos instrumentos, produtos e vantagens se ainda houver uma incongruência aplicar-se-á o regime da perda alargada da Lei 5/2002. Este regime, conforme entendimento do acórdão recorrido e por nós sufragado, **“por revestir carácter supletivo” aplicar-se-á “quando o CP e o DL 15/93, de 22-01 forem insusceptíveis de aplicação”** (e claro está após a condenação).

Ora a Lei n.º 30/2017 veio criar mais um regime dentro do regime no sistema jurídico. Ou seja, esta lei veio criar o artigo 12.º-B à Lei 5/2002, o qual não exige a condenação para que se aplique a perda dos instrumentos. A redação da norma refere que os instrumentos de “facto ilícito típico” relativamente aos crimes do art.º 1 são declarados perdidos independentemente da existência do requisito perigo. Pelo facto de naquele artigo 1.º da Lei 5/2002 estarem previstos (alguns) crimes de Tráfico de Estupefacientes, parece-nos que existem agora no que à perda dos instrumentos destes crimes diz respeito duas normas no mesmo plano especial e que poderão ser aplicadas, o art.º 12.º-B da Lei 5/2002 e o art.º 35.º do DL 15/93.

Por último, não poderíamos deixar de falar dos direitos do lesado face aos vários regimes de perda. O autor João Conde Correia remete-nos para a norma da perda das vantagens que nos diz que a declaração de perda não prejudica os direitos do ofendido, nas palavras do próprio, *“O confisco das vantagens do crime não pode, obviamente, prejudicar os direitos do lesado.”*<sup>221</sup> Quando este autor se pronunciou sobre este tema a norma do CP que previa a proteção dos direitos do ofendido era o art.º 111.º n.º 2, estando, agora, norma idêntica prevista no art.º 110.º n.º 6, na redação dada pela Lei n.º 30/2017.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> João Conde Correia, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, op. cit., pág. 99

<sup>222</sup> A propósito da problemática da articulação dos direitos do lesado e da perda das vantagens pronunciou-se Hélio Rigor Rodrigues, em 26 de Fevereiro de 2016, no âmbito de uma conferência no CEJ, com o tema “Recuperação de Ativos do Crime” nos seguintes termos *“(.) a vantagem patrimonial obtida pelo autor de determinados crimes como furto, burla ou abuso de confiança corresponde, inversamente, ao prejuízo patrimonial da vítima, e coloca-se, por isso o problema da articulação prática entre o confisco das vantagens do crime e o eventual pedido de indemnização civil. A vítima pode ver-se na contingência de não poder fazer valer os seus direitos e, noutro extremo, o arguido pode ser constrangido a «pagar» duas vezes. É, portanto, imprescindível encontrar um critério justo, capaz de resolver o concurso entre os interesses estaduais e os interesses individuais. Como conciliar os interesses do lesado com a necessidade de decretar o confisco das vantagens? Para estes efeitos é necessário distinguir duas situações: 1- As vantagens constituem coisas/objectos que pertencem ao lesado e que foi*

### 3. Mecanismos processuais aplicáveis à perda (modos de “confiscar”)

#### 3.1 Breves notas

Como referido *supra* o vocábulo confisco continua a ter uma conotação negativa,<sup>223</sup> mas aqui não faremos caso disso e utilizaremos o termo conforme preconizado pelo autor Pedro Caeiro (como, também, referido anteriormente) que indistintamente usa as expressões “perda de bens” e “confisco”. Para o presente capítulo e sinteticamente devemos entender por “confisco” a declaração de perda de bens a favor do Estado.

Para o autor João Conde Correia,

*“Demonstrar que o crime não compensa é uma das preocupações político-criminais do momento. Durante um longo período de tempo, na sequência do paradigma iluminista, a atenção dedicada à questão patrimonial foi mínima. A punição do autor, enquanto individuo, ocupava o papel central. (..) Algumas formas de criminalidade revelam uma grande*

---

*possível recuperar; Ou, 2- Não foi possível recuperar os bens que pertencem ao lesado (nem o seu sucedâneo) e nessa medida impõe-se avançar para o confisco pelo valor (111.º n.º 4 do CP). Sempre que for possível recuperar o próprio objecto, (ex.: as jóias ou electrodomésticos furtados, os bens ou valores obtidos pelo agente no âmbito de um crime de burla ou abuso de confiança, etc.), a solução é quase intuitiva: Nestas situações, a finalidade do confisco das vantagens – colocar o agente na situação em que estaria – é alcançada mediante a restituição dos bens à vítima, a quem pertencem (nos termos do artigo 186.º CPP). Se as coisas furtadas forem apreendidas e devolvidas à vítima a vantagem patrimonial do agente extinguiu-se, e nada há por isso a confiscar. Só não será assim no caso (pouco frequente) em que a vantagem do crime é superior ao prejuízo da vítima. E se o confisco tiver que operar pelo valor porque não foi possível recuperar a vantagem directa (111.º n.º 4)? Neste caso será necessário compatibilizar o direito da vítima em receber o valor da indemnização com a obrigação do Estado em confiscar o valor das vantagens. Os problemas de compatibilização apenas se colocam nos casos em que seja deduzido PIC, em todas as demais hipóteses, (mesmo que exista possibilidade de deduzir o pedido em separado) o confisco opera plenamente e deverá ser decretado. Diz-nos o artigo 130.º n.º 2 do Código Penal (...) **o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os objectos declarados perdidos ou o produto da sua venda, ou o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado ou transferidos a seu favor(..)**”*

<sup>223</sup> A este propósito João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 25, diz-nos que o confisco tinha “(..) uma carga muito negativa(..)” por trazer “(..) à memória a prepotência, o arbítrio, o abuso do poder ilimitado(..)”

*insensibilidade às penas clássicas, só podendo ser combatidas através da apropriação dos seus proventos. Sendo impossível impedir a prática do crime, devemos pelo menos evitar que ele compense (...)*<sup>224</sup>

Por isso no capítulo que agora se inicia iremos debruçar-nos sobre os meios processuais de garantir/executar (cauteladamente ou definitivamente) uma declaração de perda (ainda que futura). E por forma a **garantir a declaração de perda**/confisco João Conde Correia refere que,

*“(...)o legislador português criou uma **série de mecanismos processuais** preventivos, de natureza cautelar, destinados a garantir a possibilidade futura de executar a sentença. (...)além das normas «substantivas» relativas ao confisco de bens, existem **diversas normas «processuais»** complementares ou instrumentais daqueles. (...)”* Todavia, *“(...)não existe ainda um verdadeiro acervo global, cientificamente organizado, válido para todos os casos e situações: o legislador português nem sempre logrou um sistema equilibrado, coerente e funcional de instrumentos processuais adequados a declarar e, depois, a executar o confisco. Abundam os regimes especiais, contradições, sobreposições, omissões e dúvidas.”*<sup>225</sup>

Esta constatação continua a ser plenamente válida hoje e até à aprovação do “Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco” não se espera que haja modificações nesta matéria. Como é sabido os regulamentos da União Europeia (UE), ao contrário das diretivas, são vinculativos nos seus termos a todos os países da UE. Efetivamente existe uma proposta de regulamento da Comissão Europeia datada de 21 de Dezembro de 2016<sup>226</sup> (apesar de tudo não será expectável que o regulamento venha resolver, só por si, os problemas referidos). Aguardemos pela versão definitiva para ver como terá a legislação nacional de adaptar os seus mecanismos processuais para a execução do confisco. Até lá e nas páginas seguintes cuidaremos dos meios existentes no regime português.

---

<sup>224</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 36-37

<sup>225</sup> Idem. pág. 152

<sup>226</sup> [https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts\\_pt](https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt)

### 3.2 Da medida processual do CPP - A Apreensão

Sobre as medidas em concreto o autor João Conde Correia resume o panorama da seguinte forma “(..)à pluralidade penal (instrumentos/produtos, vantagens, património incongruente) contrapõe-se a pluralidade processual penal (apreensão, caução económica, arresto, arresto para perda alargada).”<sup>227</sup> Dessa forma e relativamente a cada situação em concreto o aplicador da lei deverá lançar mão ao mecanismo que mais se adequa à norma substantiva que procura acautelar. Nesse sentido “O legislador procurou esgotar todas as situações abstratamente capazes de justificar o confisco e satisfazer as correspondentes necessidades práticas.”.<sup>228</sup> Sem mais vejamos cada uma das figuras mencionadas, começando pela apreensão prevista no CPP.

#### Da apreensão

O regime jurídico da apreensão de objetos, previsto no Código de Processo Penal nos art.º 178 e seguintes, está inserido no título “*Dos Meios de Obtenção de Prova*”, do livro “*Da prova*”.

O art.º 178.º do CPP relativo à apreensão assume-se como tendo uma natureza processual híbrida<sup>229</sup>. Esta natureza não é nova e já resultava da redação pretérita do artigo. A norma da apreensão define que tipo de objetos podem ser apreendidos, sendo perceptível, através dessa enumeração de objetos, quais as finalidades que se visa com a

<sup>227</sup> João Conde Correia, “*Apreensão Ou Arresto Preventivo Dos Proventos Do Crime?*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.º 1-4 (janeiro-dezembro 2015), Coimbra, 2015, pág. 506

<sup>228</sup> Idem, pág. 506

<sup>229</sup> João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 506, nota 2, dá conta de que noutros sistemas penais esta dualidade de finalidades da apreensão não existe. Há uma separação entre o que é apreensão para efeitos de prova de uma apreensão para efeitos de perda. Este autor cita o caso Alemão onde existem as figura “*Beschlagnahme*” e a “*Sicherstellung*”. Diz este autor que “*A St PO alemã separa entre a «apreensão» (Beschlagnahme) de objetos que podem ser utilizados como provas (§§ 94 e ss.) e a «apreensão» (Sicherstellung) como garantia do cumprimento das obrigações patrimoniais do arguido ou de terceiro.*” Ora esta separação comprova que entre nós a apreensão tem uma dupla finalidade “*(..) ao invés de outros modelos legais hodiernos, onde é apenas um simples meio de obtenção da prova(..)*”

referida disposição. Uma das finalidades da apreensão dos objetos é acautelar os objetos que possam servir de prova, ou seja, obter e conservar as provas, o que poderá ser descrito como sendo uma **finalidade processual probatória**<sup>230</sup>, pois que, tal qual como consta no CPP, é um meio de obtenção de prova. De resto, esta finalidade estava obviamente contemplada na anterior redação do artigo 178.º do CPP. Além daqueles objetos são ainda suscetíveis de se apreenderem outros. O regime da apreensão de objetos na anterior redação visava também outras finalidades. Tal entendimento extraía-se da parte em que o artigo considerava ainda suscetíveis de serem apreendidos os objetos que constituíssem “o seu produto, lucro, preço ou recompensa”. Desta forma estes objetos pouco ou nada tinham a ver diretamente com a prova do facto ilícito, mas sim com uma preocupação de retirar o património ao “condenado” no processo-crime, executando dessa forma a decisão de perda. Relativamente a estes objetos, os mesmos são apreendidos, numa lógica **restaurativa**. Visa-se pôr o agente do crime na situação anterior em que se encontrava antes de o praticar, isto no que aos objetos que constituíam produto, lucro, preço ou recompensa do crime diz respeito. Esta natureza, por nós apelidada de restaurativa, é também designada por outros autores como de garantia patrimonial.<sup>231</sup>

Por outro lado, e desconsiderando a finalidade **probatória** e a finalidade **restaurativa** da perda poderíamos ainda conceber o regime da apreensão como uma finalidade **preventiva** quando aplicável aos objetos que *estivessem destinados a servir a prática de um crime*. Estes objetos em causa seriam os instrumentos de um crime não cometido (O art.º 178.º do CPP após a alteração da Lei n.º 30/2017 deixou de conter na sua disposição semelhante redação). Dessa forma ainda seria possível conceber o regime da apreensão como tendo uma terceira finalidade processual, desta feita, de natureza preventiva ou *quicá* de ordem/segurança pública. De notar que se os instrumentos tivessem sido usados no cometimento de um crime, os mesmos seriam, naturalmente, apreendidos, mas esta apreensão enquadrar-se-ia numa finalidade probatória. Pensa-se que de igual modo deveria ser considerado quanto à apreensão dos

---

<sup>230</sup> A designação “*finalidade processual probatória*” não constitui uma inovação nossa tendo a mesma sido usada pelo João Conde Correia em “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit., pág.154

<sup>231</sup> João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 508. Este autor resume em duas as finalidades da apreensão e da seguinte forma: “*O mecanismo processual penal da apreensão de bens tem, portanto, uma função de segurança processual (impedir dificuldades ou, até, a completa perda da prova) e também uma função de garantia patrimonial (acautelar a sua perda posterior).*”

instrumentos de um crime (não consumado) na forma tentada. Também neste caso a apreensão destes objetos serviria uma finalidade probatória. Como se disse a redação anterior da apreensão falava ainda em apreender objetos que “*estivessem destinados a servir a prática de um crime*”. Além de não haver consumação, também, não nos parece que se pudesse falar de um crime na forma tentada, razão pela qual seria de considerar a referida terceira finalidade para esta figura processual. Face ao que se disse imediatamente atrás, e em teoria, poder-se-ia conceber na figura da apreensão um carácter instrumental-preventivo relativamente aos objetos que estivessem destinados à prática de um crime futuro, não cometido e “não tentado”. Parece-nos que face à redação atual do artigo 178.º do CPP não faz sentido falar-se dessa finalidade.

Independentemente das finalidades que se conceba para o regime da apreensão do CPP, parece-nos relativamente pacífico o entendimento de que esta figura não serve apenas finalidades probatórias. Nesse mesmo sentido diz-nos o autor Germano Marques da Silva que,

*“(..)apreensão não é apenas um meio de obtenção e conservação de provas, mas também de segurança de bens para garantir a execução, embora na grande maioria dos casos esses objetos sirvam também como meios de prova”*.<sup>232</sup>

Como *supra* enunciado há outros autores que partilham também esta visão das finalidades mitigadas sobre a figura da apreensão. Para João Conde Correia,

*“A apreensão de bens tem natureza híbrida: a medida destina-se a obter e conservar as provas (finalidade processual probatória), mas também a garantir a perda dos objetos que as encarnam a favor do Estado, nos termos dos artigos 109.º e segs do CP (finalidade processual substancial).”*<sup>233</sup>.

Este autor reforça esta ideia, de duplicidade de finalidades da apreensão, com a remissão para outras disposições legais, nomeadamente,

*“A natureza híbrida da apreensão foi, recentemente, plasmada nos artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho (que estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens e elementos de prova na União Europeia(..), de onde resulta que a*

---

<sup>232</sup> Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal II”, 2ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1999, pág. 197

<sup>233</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit. pág.154



*apreensão pode ter como objetivo quer a recolha de elementos de prova, quer a subsequente perda de bens a favor do Estado.*”<sup>234</sup>

Resulta da leitura da posição assumida por este autor (se bem que há que situar o contexto em que as mesmas foram ditas antes da atual redação do artigo) que o mesmo também considerava a existência de uma finalidade preventiva, ou, a existência de “objetivos preventivos” prosseguidos pela apreensão. Tal entendimento era extraído da crítica que o mesmo fazia às eventuais interpretações restritivas do mecanismo da apreensão, limitando-a à necessidade de fazer prova, porque tal,

*“(.) suscitaria ainda a questão suplementar de saber como tratar os objetos que ponham «em perigo a segurança das pessoas» ou que «ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos» (artigo 109.º, n.º 1, do CP), mas não tenham qualquer valor probatório, nem corram o risco de desaparecer? Nessa conceção, uma vez que não estão em causa intuítos probatórios (subjacentes à apreensão) (.) mas objetivos preventivos (evitar os riscos decorrentes da posse daqueles objetos), não existiria instrumento processual para salvaguardar estes bens.*”<sup>235</sup>

Como se constata pela leitura desta passagem o autor mencionava uma finalidade de carácter preventivo para a apreensão dos objetos que pudessem ser usados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, bem como daqueles que ponham em perigo a segurança das pessoas. Contudo, esta finalidade preventiva da apreensão não nos parece que assumisse verdadeiramente uma autonomia para este autor, subsumindo-se numa das outras finalidades.

Face ao que se disse parece incontroverso que se veja na figura da apreensão uma duplicidade de finalidades que a mesma abarca. Uma finalidade probatória e uma outra dirigida à garantia da perda dos objetos. Mas os compartimentos não são estanques porque a apreensão pode incidir sobre bens que: 1) assumam exclusiva finalidade probatória, ou, 2) assumam uma finalidade probatória e simultaneamente a finalidade de garantir a perda; e 3) assumam exclusivamente a finalidade de garantir a

---

<sup>234</sup> Idem. pág. 154 e 155

<sup>235</sup> Idem. pág. 156, nota 345

perda despojados de qualquer finalidade probatória. Neste mesmo sentido aquele mesmo autor diz-nos que,

*“Mesmo assim, embora unificadas na mesma norma, estas duas finalidades processuais são independentes: uma pode existir sem a outra. A apreensão pode ser indispensável para a prova do facto e irrelevante para efeitos de confisco e vice-versa imprescindível para este e inútil para aquela”*<sup>236</sup>

Vistas que estão as finalidades da apreensão *stricto sensu*<sup>237</sup> importa definir os **limites quanto à sua aplicação**. Na realidade o emprego da apreensão tem como exigência a existência de um **vínculo/conexão entre o objeto a apreender e o crime**. Com a nova redação do n.º 1 do art.º 178.º do CPP o referido vínculo/conexão passou a ser com a prática de um facto ilícito típico e não apenas com o crime, ou seja, um facto ilícito típico e culposo. De acordo com este entendimento a apreensão apenas poderá incidir sobre os **objetos obtidos de forma ilícita**, ou seja, aqueles bens corrompidos com a prática da infração sejam eles instrumentos, produtos ou vantagens. **A apreensão dos objetos nos termos do art.º 178.º do CPP finda onde inicia o património lícito** o que traduz um **marco diferenciador do arresto** previsto no art.º 10.º da Lei 5/2002.<sup>238</sup> Esta licitude pode ser apenas **presumida**. Ou melhor dizendo os objetos a apreender carecem, para serem declarados perdidos como instrumentos, produtos ou vantagens, que se demonstre o vínculo a um crime, ou na redação atual do n.º 1 do art.º 178.º a um

---

<sup>236</sup> João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 508

<sup>237</sup> Referimo-nos aqui à apreensão prevista no CPP em *stricto sensu* por contraposição a um entendimento da figura num sentido mais amplo abarcando outra(s) figura(s) jurídica(s), nomeadamente a medida cautelar do arresto prevista na Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Esta chamada de atenção deve-se ao facto de existir o entendimento que o uso do termo apreensão não é unívoco em todos os diplomas legais, porque podemos extrair do art.º 3.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho (que procedeu à criação do GRA), relativo à missão do GRA e onde se inclui, além da identificação e localização de bens e produtos relacionados com crimes, a própria apreensão. Esta apreensão aqui referida deverá ser entendida num sentido amplo por contraposição àquela do CPP. Neste mesmo sentido *vide* João Conde Correia, “*Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular (...)*”, op. cit., pág. 60 nota 38. O autor nesta nota dá conta de que a competência do GRA para realizar apreensões, nos termos do art.º 4 n.º 3 da Lei 45/2011, engloba outros mecanismos. Assim, diz que “*O conceito de apreensão não foi aqui utilizado em sentido técnico, podendo significar apreensão stricto sensu (art. 178.º e ss. do CPP) ou outras medidas de garantia patrimonial, como o arresto (art. 228.º do CPP) ou o arresto do património incongruente (art. 10.º da Lei n.º 5/2002(.))*”.

<sup>238</sup> A esta figura dedicaremos mais tempo de seguida, mas adiantamos que a mesma assume uma natureza instrumental, à semelhança da apreensão, face à futura declaração de perda de bens a favor do Estado prevista no capítulo IV desta Lei tal qual à perda de instrumentos, produtos e vantagens previstos nos art.ºs 109ss do CP.

facto ilícito típico. A **insuficiência dessa mesma demonstração** deverá decidir a **restituição dos mesmos**. Tal entendimento resulta da leitura do n.º 2 do art.º 186.º do CPP que diz que os objetos que não sejam declarados perdidos a favor do Estado são restituídos. A insuficiência da demonstração do vínculo tem como consequência a restituição dos mesmos ainda que de facto haja sérias dúvidas sobre a proveniência dos referidos objetos.

Como referido a redação mais recente do art.º 178.º do CPP indica como bens suscetíveis de serem apreendidos os **instrumentos, produtos ou vantagens** os quais também poderiam ser apreendidos ao abrigo da norma anterior, mas obrigava a recorrer a regras interpretativas. No caso dos instrumentos a redação anterior do n.º 1 do art.º 178.º do CPP referia-se a eles como “(..)os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime(..)”. Os produtos do crime vinham expressamente referidos naquele preceito como “*produto*”, mas as vantagens (sentido amplo) vinham referidas como “lucro”, “preço” ou “recompensa”<sup>239</sup>. Conforme se disse esta não nos parece ser uma alteração substancial ao previsto anteriormente na referida disposição legal. Onde se chama a atenção é para a alteração onde antes se dizia “*crime*” e agora se diz “*relacionados com a prática de um facto ilícito típico*”. Dessa forma passou-se a admitir expressamente a apreensão dos objetos que estejam destinados a ser declarados perdidos a favor do Estado por constituírem eles instrumentos, produtos ou vantagens do facto ilícito típico, não estando apenas reservada a apreensão para os objetos que constituam instrumentos, produtos ou vantagens de um crime. Estamos em crer que face à alteração efetuada no regime substantivo da perda das vantagens, agora previsto no art.º 110.º do Código Penal, em

---

<sup>239</sup> Conforme refere João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo (..)*” op. cit. pág. 512ss “*As noções processuais de lucro e de preço (prossequindo no exame do elenco legal: art. 178.º, n.º 1, do CPP) não têm equivalente direto no nosso Código Penal.*” Importa pois proceder ao esclarecimento destas terminologias, pese embora esta discussão tenha apenas interesse histórico, na medida que na redação atual do art.º 178.º n.º 1 do CPP, o legislador optou por uniformizar os termos usados quer no CP quer no CPP – Instrumentos, produtos e vantagens -. A anterior discrepância dos termos usados nos dois códigos provocava, nas palavras daquele autor, “*(..) alguma insegurança jurídica(..)*” exigindo “*(..) uma decantação profunda das noções legais, por forma a identificar o seu correlato normativo.*”. Para este autor o vocábulo “**preço**” “*(..)é, em termos meramente económicos, aquilo que alguém paga cobra para a prática de um crime*”, equiparando esta noção processual à noção penal de “**recompensa**” (anterior art. 111.º n.º 1 do CP). Por sua vez o “**lucro**” corresponde ao “*(..) enriquecimento conseguido com uma qualquer atividade ilícita, patrimonialmente quantificável. A diferença entre o custo e o resultado constitui o lucro(..)*”, correspondendo esta figura processual no regime substantivo à “*vantagem do crime*” (antigo art.º 111 n.º 2 do CP).”.

que passou a admitir-se a declaração da perda das vantagens pela prática de um facto ilícito típico, deixando cair a culpa, tal teria de acontecer para o regime processual não ficar “atrofiado”.

A alteração do regime substantivo do CP tinha de obrigar à alteração da parte processual do CPP. Esta sintonia entre os mecanismos substantivos e os processuais nas anteriores redações do CP e do CPP, parece-nos, que não era evidente. Assim, a perda de instrumentos e dos produtos previstos no art.º 109.º do CP, na redação anterior, falava em facto ilícito típico para determinar a perda dos referidos objetos. Mas no n.º 1 do art.º 178.º do CPP, redação prévia à modificação, falava em apreensão dos objetos “(..) *que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime* (..)”. O problema da desarticulação implicava, supostamente, serem insuscetíveis de apreensão os instrumentos e os produtos de um facto ilícito típico cometido por um inimputável (ou quando ninguém pudesse ser punido pelo facto ou ainda relativamente a um crime não consumado) na medida em que esse mesmo facto ilícito típico não constituiria um crime. A não correspondência dos vocábulos entre o Código Penal e Código Processo Penal era desvalorizado pelo autor dizendo,

*“A utilização do vocábulo «crime», em vez da expressão «facto ilícito típico» que consta do Código Penal é a única diferença importante (..)”* mas diz que “(..) *não tem, neste contexto, qualquer significado.*” Mais adianta que apesar da correspondência entre CP e o CPP não ser total “*Estas duas normas são, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista substancial, praticamente iguais, não colocando nenhum problema interpretativo sério.*” Mais, “*A diversidade linguística é insignificante, uma vez que o factum regulado é, em ambas as normas, igual.*”<sup>240</sup>

Pelos casos que acima referimos parece-nos que poderiam existir situações em que discordância dos vocábulos “facto ilícito típico”, no regime substantivo da perda prevista no CP, do termo “crime” empregue no regime processual do CPP, poderiam originar questões difíceis de ultrapassar. Porém, face à atual redação dos artigos referidos dos regimes substantivos e processuais esta desarticulação esfumou-se.

---

<sup>240</sup> João Conde Correia, “apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, op. cit. pág. 509

Por isso para o autor “*O artigo 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal consagra pois as ações processuais cautelares adequadas a implementar (art. 2.º, n.º 2, do CPC<sup>241 242</sup>) a política criminal substantiva (arts. 109.º, n.º 1 e 111.º, n.ºs 1 e 2, do CP).*”

Quando nos parecia que, à primeira vista, haveria uma uniformização, uma dialética, uma maior cumplicidade entre os regimes substantivos e processuais, respetivamente do CP com o CPP, eis senão quando, verificamos uma separação (isto para não sermos dramáticos e dizermos divórcio). Se bem nos recordamos, daquilo que dissemos a propósito da natureza jurídica da declaração de perda dos instrumentos, discutia-se qual o alcance da estatuição da norma do art.º 109.º n.º 1 do CP, na parte em que se dizia que eram declarados perdidos os objetos que “estivessem destinados a servir” à prática do facto ilícito típico (ou do “crime” na redação anterior do artigo). Pois bem as posições divergiam entre uma perda dos instrumentos sem que existisse sequer um facto ilícito típico e aqueles que naturalmente exigiam a ocorrência de tal conduta ainda que na forma tentada ou negligente. Parece-nos lógico que, por questões de economia “processual”, nos abstenhamos de repetir as posições dos autores nesta matéria. Para mais desenvolvimentos remetemos para o que se disse no capítulo da natureza jurídica dos instrumentos.<sup>243</sup> A questão em concreto não é um problema relativamente à posição que assumimos nesse capítulo, mas pode ser para quem defendesse um entendimento mais largo sobre o alcance “*estivessem destinados a servir*”, previsto no n.º 1 do art.º 109.º do CP e que tinha na norma processual do art.º 178.º n.º 1 do CPP idêntica formulação. Ou seja, a redação do art.º 178.º n.º 1 do CPP, prévia à atual, dizia, na parte que nos importa, “*São apreendidos os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime(..)*”. O que daqui se retirava era a sintonia do legislador substantivo e do legislador processual. Ora a redação do art.º 178.º n.º 1 do CPP, pós alteração legislativa, deixou de prever a apreensão dos instrumentos que “*estivessem destinados a servir a prática de um crime*”, mas a norma substantiva do art.º 109.º n.º 1 do CP manteve essa configuração. A conclusão aparente, que daqui se retira, é que os objetos podem ser declarados perdidos

---

<sup>241</sup> Idem. pág 518

<sup>242</sup> A norma do CPC citada, aplicável por força do art.º 4.º do CPP, diz que “*A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação*”. Nesses termos o direito substantivo – perda objetos – corresponde o direito processual – apreensão –.

<sup>243</sup> Vide ponto 2.4.1 do presente trabalho onde desenvolvemos as posições.

por estarem destinados a servir à prática de um crime (leia-se facto ilícito típico), mas não podem ser apreendidos. Esta configuração parece-nos irracional pelo que a única forma de interpretar o art.º 109.º n.º 1 do CP é de modo restritivo (nesta parte), ou seja, a de se exigir como mínimo que um facto ilícito típico tenha sido praticado. A norma, salvo melhor opinião, não é compatível com o entendimento, defendido pelo autor Paulo Pinto de Albuquerque, dos instrumentos serem declarados perdidos pelo facto do agente ter em mente utilizá-los para a prática de um futuro ilícito, isto à luz do direito vigente, porquanto não existe uma norma processual aplicável in casu. Bem sabemos que não compete ao CPP ditar o alcance da norma do CP, mas um entendimento que pugne por uma norma substantiva com o alcance maior, parece-nos, disfuncional.

Por nós esta é uma *non quaestio* na medida que já defendíamos um alcance da norma substantiva de alcance menor, ou, mais reduzido, sendo necessário a constatação de um facto ilícito típico (isto sem prejuízo dos casos em que os atos preparatórios sejam puníveis, por força da disposição do art.º 21.º do CP, *ad contrarium*, mas neste caso os “instrumentos” são já instrumentos de um facto ilícito típico por força da norma penal que antecipou a respetiva tutela), mas parece-nos configurável, que em abstrato, tal matéria possa originar uma discussão maior.

\*\*\*

### 3.3 Das medidas de garantia patrimonial:

#### 3.3.1 Caução Económica e Arresto preventivo

Neste tópico procederemos pela análise conjunta das figuras da “caução económica” e do “arresto preventivo”, previstas nos artigos 227.º e 228.º do CPP. Estes instrumentos (no sentido de mecanismos, meios, ou medidas) de direito processual penal servem os propósitos de garantia patrimonial. Como veremos, estas medidas prosseguem objetivos diversos da apreensão. Em concreto as medidas de garantia (patrimonial) visam acautelar o ressarcimento derivado da prática de um crime (ou de um facto ilícito típico). Com a alteração legislativa, operada pela Lei n.º 30/2017, uma das modificações verificada foi a consagração expressa das medidas de garantia patrimonial como o meio processual penal apto para assegurar a perda do valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens. Pretende-se com as referidas medidas garantir a existência de “fundos” para pagar a “fatura” resultante do desvalor da ação ilícita típica (eventualmente culposa), no que aos instrumentos, produtos e vantagens diz respeito, bem como de crimes, quando se trate de pagar uma pena pecuniária, custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionado com o crime, nos termos do art.º 227.º n.º 1 al. b) e a) do CPP, respetivamente.

A caução económica é o meio processual que o Ministério Público (n.º 1 do art.º 227.º do CPP) ou lesado (n.º 3 art.º 227.º do CPP) podem usar para requerer que o arguido (ou civilmente responsável) venha prestar as garantias económicas. Desde já se adianta que esta disposição não obriga ao seu cumprimento por parte do arguido já que este não se vê compelido à execução pela força, cabendo a este livremente optar pelo seu cumprimento ou não, isto mesmo que tenham sido observados os tramites conducentes ao diferimento da pretensão, *in casu*, requerimento do Ministério Público (ou como se disse do lesado) e respetivo diferimento pelo Juiz<sup>244</sup>. Todavia, a falta de

---

<sup>244</sup> Durante o inquérito a aplicação de medida de garantia patrimonial é uma competência exclusiva do Juiz de Instrução, ao abrigo do art.º 268 n.º 1 al. b) do CPP, e fora desta fase continua a ser sempre uma medida da competência do magistrado judicial. *Vide* neste sentido **Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes**, “Da natureza processual penal do arresto preventivo”, RPCC, n.º 27 (2017), setembro-dezembro, Coimbra, 2017, pág. 138 “(..) o CPP determina que a medida de garantia patrimonial seja sempre aplicada por despacho do juiz (do juiz de instrução ou do juiz de julgamento, consoante a fase processual). Durante o inquérito, a requerimento do Ministério Público e depois desta fase, a requerimento do Ministério Público

prestação da caução económica permite que seja decretado o arresto preventivo desde que haja novamente outro requerimento por parte do Ministério Público (ou do lesado), nos termos do art.º 228.º n.º 1 do CPP.

A “fatura” que se procurar pagar, através das medidas de garantia patrimonial, são, **em caso de condenação**, pela seguinte ordem sucessivamente: 1) a multa; 2) a taxa de justiça; 3) as custas do processo 4) a indemnização 5) **outras obrigações civis** e ainda 6) o **valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens**<sup>245</sup> **do crime**. A referida sequência vem elencada no novo n.º 5 do art.º 227.º do CPP. Esta ordem de “pagamentos” para a caução económica corresponde também à priorização estabelecida no arresto preventivo, por força do art.º 228.º n.º 1 do CPP.

Quanto aos pressupostos necessários para a aplicação da caução económica, de acordo com o n.º 1 do art.º 227.º do CPP, exige-se que haja **fundado receio de que falem ou diminuam as garantias**. Por sua vez os pressupostos relativos ao arresto preventivo diz-nos a lei que são o **justificado receio da perda** da garantia patrimonial.

Todavia, no que à medida do arresto preventivo se reporta os pressupostos não vêm claramente definidos no art.º 228.º do CPP ao contrário da caução económica que estão consagrados expressamente no artigo. A conclusão quanto à exigência daqueles requisitos extrai-se por força do art.º 391.<sup>o246</sup> (fundamentos do arresto) do Código de Processo Civil, para o qual se entende que é feita a remissão contantes do art.º do 228.º n.º 1 do CPP. Explicando-nos melhor, a norma que regula o arresto preventivo remete para os normativos legais do processo civil (art.º 228.º n.º 1 do CPP). Naturalmente que se a norma que regula o arresto preventivo do CPP expressamente nos diz que “*o juiz decreta o arresto, nos termos da lei do processo civil (..)*” parece-nos que as normas do processo civil mais aptas a regular tal matéria serão as do arresto civil, caso tal figura

---

*ou oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade (artigos 194.º, n.º 1, 268.º, n.º 1, al. b, 227 e 228 do CPP). ”*

<sup>245</sup> No art.º 110 do CP prevê-se a declaração de perda das vantagens diretas e indiretas (n.º 1 al. b), bem como a perda das vantagens transformadas ou reinvestidas (n.º 3), e, por último, a perda pelo valor das vantagens quando estas não puderem ser apropriadas em espécie n.º 4. Sendo a estas últimas vantagens que as medidas de garantia patrimonial serão aplicáveis por não ser possível a sua apreensão em espécie.

<sup>246</sup> Nos termos das disposições do CPC, art.º 391.º n.º1, são **fundamentos** para a aplicação do Arresto “*O credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor.*” O n.º 2 diz-nos que “ O arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo o que não contrariar o preceituado nesta secção.”



exista no CPC. E, no caso, existe. O CPC regula normativamente o arresto nos artigos 391.º ss. Se dúvidas houvesse no nosso espírito da remissão feita, nos termos propostos, as mesmas seriam esbatidas, porque (e nos confessamos) limitámo-nos a sufragar doutrina existente sobre a matéria, no caso os professores Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes. Dizem estes autores que,

*“Brevitatis causa, o arresto preventivo é uma medida de garantia patrimonial de natureza processual penal, aplicada de acordo com o disposto no CPP, sendo subsidiariamente aplicável a lei do processo civil em tudo o que o código não preveja e se harmoniza com os princípios gerais do processo penal.”*<sup>247</sup> Mais à frente estes ilustres professores dizem-nos ainda que *“O recurso à lei do processo civil já ocorria, de resto, por força da redação primitiva do artigo 228.º, n.º 1, do CPP. (...) Face à natureza estritamente subsidiária*<sup>248</sup> *do arresto preventivo – era decretado apenas se a caução económica imposta não fosse prestada -, as duas medidas de garantia patrimonial estavam sujeitas rigorosamente aos mesmos princípios e condições de aplicação. Sem prejuízo de já então se recorrer à lei do processo civil, nomeadamente a normas que tornavam exequível a decisão que ordenara o arresto. Por exemplo, a normas como as contidas nos artigos 391.º, n.º 2, e 392.º, n.º 1, da parte final, do Código de Processo Civil, que continuam a ser aplicáveis também ao arresto preventivo subsidiário da caução económica.”*<sup>249</sup>

Voltando à caução económica, impõe-nos o n.º 1 do art.º 227.º do CPP uma exigência de que haja **fundado receio de que falem ou diminuam as garantias**. Pelo que se percebe o CPP fala em receio **fundado de faltarem ou diminuírem**, no caso da caução económica, e **justificado receio da perda**, no caso do arresto preventivo. Se previamente tiver sido fixada caução económica e a mesma não tiver sido prestada o requerente (MP ou lesado) fica dispensado da prova do fundado receio da perda da garantia patrimonial para que seja decretado o arresto preventivo, por força do n.º 1 do

---

<sup>247</sup> Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes, *“Da natureza processual penal do arresto preventivo”* op. cit. pág. 145

<sup>248</sup> Leia-se aqui, na opinião dos professores, a natureza estritamente subsidiária reporta-se à redação anterior do art.º 228.º do CPP.

<sup>249</sup> Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes, *“Da natureza processual penal do arresto preventivo”* op. cit. pág. 145.

art.º 228.º do CPP (naquilo que o professor Manuel da Costa Andrade designa por aplicação subsidiária do arresto preventivo). Nesta última hipótese o arresto preventivo é decretado prescindindo-se de prova suplementar. Entendemos, pois, que a diferença nos dois regimes não advém do adjetivo usado – justificado ou fundado – porque nos dois decorre uma necessidade de carrear prova para os autos. Senão vejamos: O art.º 228.º n.º 1 do CPP fala em “dispensar a prova do fundado receio” para aplicação do arresto preventivo na hipótese da caução económica ter sido decretada e não prestada. Nesse sentido, salvo melhor opinião, deve-se entender que a prestação da caução, nos termos do art.º 227.º n.º 1 do CPP, exige que se demonstre a existência do fundado receio. Por outras palavras há, no nosso entendimento, uma exigência de prova (de comprovar) do facto alegado, ou, por outras palavras, uma exigibilidade quanto à justificação. Parece-nos que não basta alegar, há que demonstrar o fundado receio e, por isso, no caso do mesmo ter sido demonstrado (pelo MP, no termos do n.º 1, ou, pelo lesado, no termos do n.º 2) e o Tribunal tiver decidido favoravelmente a pretensão requerida, fixando a respetiva caução económica, e o requerido não a prestar, nesse caso, podem os requerentes pedir que o Tribunal decrete o arresto preventivo “automaticamente”, porque, nesta situação, como já houve previamente uma demonstração da prova do fundado receio, aos olhos do legislador, o fundado receio tornou-se real não sendo exigível mais prova suplementar. Conclui-se que o **fundado receio** não se compadece com uma mera alegação, carece de prova.

Por outro lado, o **justificado receio** para aplicação do arresto preventivo, fora dos casos em que não tiver sido fixada previamente uma caução económica, carece de igual demonstração, tal qual o fundado receio. Pelo menos é este o nosso entendimento da conjugação da norma do n.º 1 do art.º 391.º (fundamentos do arresto) e o n.º 1 do art.º 392.º (processamento do arresto), ambas do CPC. Nesta norma do art.º 392.º, em concreto, é dito que “*O requerente do arresto deduz os factos que tornam provável a existência do crédito e justificam o receio invocado (..).*” Face ao exposto, parece-nos que nas duas hipóteses apela-se a uma prova. Por isso a diferença na aplicabilidade dos regimes faz-se num plano diverso. Parece-nos que a caução económica pode ser decretada quando haja fundado receio da **diminuição da garantia** ao contrário do arresto que se exige o justificado **receio da perda** da garantia patrimonial. Dito de outra forma o requerente, seja o MP, seja o lesado, no caso de haver **receio (fundado e comprovado) da perda da garantia** pode optar por pedir ao Tribunal que fixe uma caução económica, mas pode desde logo, também, pedir o arresto preventivo. Todavia,

se o **receio** for de apenas uma **diminuição da garantia** (e já não da perda total) o requerente está limitado no seu pedido ao mecanismo da caução económica. Se, porventura, nesta situação o requerido não prestar a caução económica, então, mesmo que o receio inicial do requerente, fosse apenas fundado numa diminuição da garantia patrimonial, pode, mesmo assim, requerer o arresto preventivo, já sem a necessidade de provar o fundado receio (seja da diminuição da garantia seja da perda da garantia). Temos para nós que esta é a forma de conjugar a leitura dos preceitos e que se mostra conforme o espírito das medidas de garantia patrimonial uma face à outra. Do que se disse parece-nos que se pode concluir sobre a existência de uma relativa prioridade na aplicação da medida de garantia patrimonial caução económica sobre o arresto preventivo.

Neste sentido citamos novamente os professores Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes que,

*“o arresto preventivo é de aplicação subsidiária, na medida em que é a medida de garantia patrimonial mais gravosa: **aplica-se quando a caução económica fixada não seja prestada ou quando esta medida se revele, no caso, inadequada ou insuficiente**, sendo revogado a todo o tempo em que o arguido ou o civilmente responsável prestem caução económica imposta (art.º 228.º, n.ºs 1 e 5 do CPP).<sup>250</sup>*

Como se disse a regra da subsidiariedade não é pura na medida em que a caução económica pode ser aplicada previamente à medida o arresto preventivo. E, consequentemente, o arresto preventivo não está destinado a ser aplicado só após a frustração da caução económica. Todavia, aquando da introdução dessa medida no CPP, em 1987, essa subsidiariedade era expressa. Nas palavras dos autores Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes,

*“O CPP prevê duas modalidades de garantia patrimonial: a caução económica e o **arresto preventivo** (artigos 227.º e 228.º, respetivamente). Esta última medida introduzida no CPP em 1987, sendo **configurada na versão primitiva** deste diploma com uma **natureza estritamente subsidiária** – o arresto preventivo seria decretado, nos termos da lei do processo civil, se a caução económica imposta não fosse prestada (artigo 228.º, n.º 1). Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, designadamente face à nova redação do n.º 1 do artigo 228.º do CPP, o **arresto preventivo** passou a poder ser decretado também enquanto **medida de garantia patrimonial autónoma**. O arresto preventivo*

---

<sup>250</sup> Idem. op. cit. pág. 137

*passou, assim, a conhecer duas modalidades: medida de garantia patrimonial autónoma, sem prejuízo de só dever ser decretado face à insuficiência da caução económica; e medida de garantia patrimonial subsidiária da caução económica.*”<sup>251</sup>

Como se disse as medidas de garantia patrimonial (inseridas no título III, do livro IV do CPP, relativo às medidas de coação e garantia patrimonial) mereceram a atenção do legislador, sendo, também, alvo de **alterações** pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

À primeira vista as alterações parecem ser sobretudo de forma e não tanto de conteúdo. De resto uma diferença ressalta logo à vista prende-se com a expressa introdução no artigo referente à caução económica que a mesma se destina a garantir o pagamento do valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens do crime (terminologia omissa na redação prévia). Na anterior redação a caução económica seria fixada mediante a verificação dos referidos pressupostos (que se mantiveram inalterados para a redação atual – falta ou diminuição das garantais), e destinava-se a pagar a multa; a taxa de justiça; as custas do processo; a indemnização e outras obrigações civis, sendo omissa no que ao valor daqueles objetos dizia respeito. A superação dessa **omissão** teria de ser feita com o **recurso às normas interpretativas**, vendo-se no n.º 1 do art.º 227.º do CPP a hipótese de alargar a aplicação da caução económica ao valor dos respetivos objetos na parte que ali era dito que aquela medida de garantia patrimonial se destinava a garantir “(..) **qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime**(..)”.

A omissão não era pura no regime anterior, contudo, para que duvidas não restassem, o atual art.º 227.º do CPP acrescentou expressamente aqueles objetos, resolvendo em definitivo a questão, deixando de ser necessário o recurso às regras interpretativas.

Perante a possibilidade expressa na letra da lei de serem aplicadas **medidas de garantia patrimonial aos instrumentos, produtos e vantagens** coloca-se a questão de como **articular com o regime da apreensão**. Conforme dito anteriormente a figura da apreensão tem uma natureza dual por se destinar a manter e conservar prova e simultaneamente a garantir uma futura declaração de perda dos instrumentos, produtos e vantagens. A **apreensão encontra-se limitada** no seu espaço de atuação fruto da relação direta que é exigível aos factos ilícitos típicos praticados, pelo que, as medidas

---

<sup>251</sup>Idem. op. cit. pág. 141

de garantia patrimonial encontram aqui o seu espaço de atuação nos casos da **perda pelo valor dos instrumentos, produtos e vantagens (artigos 109.º n.º 3 e art.º 110.º n.º 4 do CP)**.

A **apreensão** apenas pode incidir sobre os **objetos infetados** com o “vírus” da ilicitude, não sendo, naturalmente, aplicável aos casos em que inexistente um nexo causal. Por forma a ultrapassar a não aplicabilidade do regime da apreensão, nas situações da perda do valor das vantagens e produtos do art.º 110.º n.º 4 do CP, bem como dos instrumentos do art.º 109.º n.º 3 do CP, que não pudessem ser apropriados em espécie, são chamadas as medidas de garantia patrimonial. A solução consagrada pelo legislador atual já era avançada pela doutrina mesmo ao abrigo da redação anterior das normas das medidas de garantia patrimonial, nesse sentido *vide* João Conde Correia<sup>252</sup>.

Apesar destas medidas serem aplicáveis para acautelar o valor dos instrumentos, produtos e vantagens (que sejam destinados a ser declarados perdidos a favor do Estado), as medidas da caução económica e do arresto preventivo não tinham na redação pretérita tal foco como uma primeira prioridade (ou julgávamos nós nesse sentido até pela questão da omissão da própria redação das referidas disposições, se bem que quanto aos instrumentos e produtos a questão nem se colocava anteriormente como veremos mais adiante) e, de resto, continuam a não ter se atentarmos à prioridade estabelecida na própria norma da caução económica. Assim, de acordo o art.º 227.º n.º 5 do CPP a caução destina-se a acautelar que sejam pagas “(..) *sucessivamente, a multa, a taxa de justiça, as custas do processo, a indemnização e outras obrigações civis e, ainda, o valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens do crime*”.

Julgamos que apesar da prioridade não constar expressamente da redação do art.º 228.º do CPP, referente ao arresto preventivo, tal prioridade, no futuro pagamento, extrai-se do respetivo n.º 1 por aqui se afirmar que “*Para garantia das quantias*

---

<sup>252</sup> João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 524, diz-nos a propósito dos artigos alterados que “*Na perda de valor (art.º 111.º n.º 4, do CP), uma vez que não está em questão a própria coisa confiscável em espécie, mas algo que já nada tem que ver com o crime, a garantia processual do confisco não deverá ser a apreensão, mas outro mecanismo processual. O âmbito de aplicação da apreensão termina onde começa o património lícito do arguido ou, pelo menos, aquele cuja ilicitude o Ministério Público não consegue demonstrar.*” Prossegue depois este autor dizendo que a figura processual adequada será a caução económica já que “*Determinado o quantum da vantagem da prática de um facto ilícito típico, o condenado fica obrigado a pagar esse mesmo montante (art. 111.º, n.º 4, do CP).*”, sendo que o fundamento legal encontrava-se “*(..)na necessidade de garantir «qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime (art.º 227.º n.º 1, do CPP)»*”

*referidas no artigo anterior*”. Quanto ao vocábulo sucessivamente<sup>253</sup> usado na redação do n.º 5 do art.º 227.º do CPP é unívoco, não deixando espaço para dúvidas. Nele se exprime a ideia de “seguidamente” ou “gradualmente”, o que quer dizer que, naturalmente, há uma preferência de umas dívidas serem pagas primeiramente que as outras.

A referida alteração preconizada pela introdução da perda pelo valor dos instrumentos, produtos e vantagens estava já, pela via interpretativa, contemplada na redação anterior da norma (como dissemos), mas só quanto às vantagens. No que à perda pelo valor dos instrumentos e produtos diz respeito, nem mesmo o esforço da doutrina poderia aplicar as referidas normas processuais (das medidas de garantia patrimonial) isto porque não havia direito para acautelar. Ou seja, em termos de direito substantivo o Código Penal, na redação anterior, sobre a perda dos instrumentos e produtos (anterior art.º 109.º do CP) não previa a respetiva perda pelo valor dos mesmos quando a perda em espécie não fosse possível.

Debruçando-nos agora sobre a razão de ser da norma processual aplicável às situações da perda pelo valor das vantagens. O nosso entendimento sobre esta matéria está em linha com o que defendemos a propósito da natureza jurídica da perda das vantagens do Código Penal (art.º 110.º do CP), ou seja, a norma substantiva procura demonstrar que *o “crime” não compensa*, pelo que a razão de ser da norma processual é o acautelar por todas as vias que as vantagens (ou o valor delas) são declaradas perdidas. O que importa para a ordem jurídica são recuperar os ganhos, seja em espécie, seja pelo valor correspondente. Acautelar o ressarcimento dos lesados (Estado ou particulares) seja através da medida processual da apreensão ou, não sendo esta possível, seja através das medidas de garantia patrimonial também pouco importa.

No que à razão de ser da perda pelo valor dos instrumentos e produtos diz respeito, figuras criadas através da mais recente alteração legislativa, também, já tivemos oportunidade de nos referir sobre as interrogações que a norma nos suscita, para melhor entendimento *vide* o capítulo deste trabalho sobre a natureza jurídica das referidas normas substantivas da perda dos instrumentos e produtos.<sup>254</sup> Sinteticamente,

---

<sup>253</sup> Sucessivamente corresponde às palavras que integram a classe gramatical dos advérbios, as quais exprimem noções de tempo, modo, lugar, quantidade etc.. No caso concreto sucessivamente é um advérbio de tempo

<sup>254</sup> No mesmo sentido por nós defendido no capítulo da natureza jurídica, pronunciara-se já João Conde Correia, e ainda na vigência das normas anteriores do CPP e do CP, no sentido de que “*Apenas a perda dos instrumenta e producta sceleris (..)*” pode “*(..) prevenir os perigos ou os*

dissemos, a forma como estava redigido o anterior artigo da perda dos instrumentos e produtos (exigibilidade de uma perigosidade dos objetos, nos termos do art.º 109.º n.º 1 do CP), não fazia sentido uma declaração pela perda do valor quando a perda em espécie não fosse possível. Por isso, a inexistência do objeto, também, não representava uma oportunidade para se aplicar uma medida de garantia patrimonial já que as normas substantivas não previam, como sobejamente referido, a perda pelo valor. Mas há que reconhecer que ao serem previstas as referidas normas de direito substantivo, naturalmente, impunha-se que o regime processual fornecesse mecanismos válidos para acautelar o seu confisco. Nesse sentido a caução económica, na parte do art.º 227.º n.º 1 al. b) do CPP, aplica-se à perda pelo valor dos instrumentos, produtos e vantagens do ilícito como temos vindo a repetir.

Olhemos para o n.º 1 do art.º 227.º do CPP que nos diz que “*O Ministério Público requer a prestação da caução económica quando haja fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias: (..)*” acrescentando-se na alínea b) “*Da perda dos instrumentos, produtos e vantagens (..) ou do pagamento do valor a estes correspondente*”. Esta redação do artigo relativo à caução económica parece configurar duas hipóteses de aplicação distintas, quando: A) “*(..)falem ou diminuam substancialmente as garantias (..) do pagamento do valor a estes correspondente*.”; e B) “*falem ou diminuam substancialmente as garantias (..) da perda dos instrumentos, produtos e vantagens (..)*”. Ora esta parte da norma deixa-nos intrigados e não conseguimos explicar bem porquê?! Uma coisa parece-nos certa e é que a perda do valor correspondente aos objetos está contemplada na outra parte da oração do artigo. A segunda figura prevista na norma parece remeter para a existência dos objetos em espécie o que nos leva a questionar se os instrumentos, produtos e as vantagens existem porque é que não são apreendidas. Tal impunha-se quanto aos instrumentos e produtos, fruto da perigosidade daqueles e da “culpa” existente nestes. A aplicação das medidas processuais previstas no Código de Processo Penal podem originar dúvidas na sua aplicação e campos de sobreposição, mas só a praxis nos revelará.<sup>255</sup>

---

*riscos elencados no Código Penal (art.º 109.º, n.º 1), a substituição não se justifica*”. Mais adiantava este autor que não fazia sentido uma perda pelo valor nestas situações porque “*Só a supressão da própria coisa (in rem) cumpre aqueles objetivos materiais. A perda do valor correspondente, por não afastar nem aqueles perigos, nem aqueles riscos, não terá aqui qualquer utilidade.*”, ex vi, João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 522

<sup>255</sup> Imagine-se o caso do produto do ilícito que já não exista em espécie (moeda contrafeita). Pode-se colocar a questão prática de saber se se deve proceder pela apreensão ou pela aplicação

\*\*\*

### 3.3.2 Medidas de garantia patrimonial e a Caução art.º 197 do CPP

Pelo facto de existirem duas disposições no CPP com a designação de caução (embora uma seja apelidada por caução económica) parece-nos que merece que se faça uma breve referência à caução, desta feita do art.º 197.º do CPP. Dito de outro modo as medidas de garantia patrimonial não se confundem com a caução do art.º 197 do CPP pelo facto desta caução, do art.º 197.º do CPP, ser uma medida de coação. Também, por este motivo não lhe dedicaremos mais do que umas breves palavras. Como nos explica o professor Germano Marques da Silva,

*“A **caução**, enquanto medida de coação, distingue-se da caução como medida de garantia patrimonial. Aquela **destina-se a acautelar o cumprimento das obrigações processuais do arguido**, esta a garantir o cumprimento de obrigações de natureza patrimonial emergentes do processo ou as indemnizações resultantes da prática do crime.”*<sup>256</sup> Este autor explica-nos, portanto, que a caução “imposta ao arguido para prevenir o cumprimento dos seus deveres processuais, em termos que do incumprimento desses deveres resulta a quebra da caução, revertendo o seu valor para o Estado.”<sup>257</sup> O autor dá ainda conta de que “Ao arguido que não prestar a caução que lhe tiver sido imposta pode ser aplicada o arresto preventivo, nos termos do disposto no art.º 228.º, por força do art.º 206.º n.º 4”<sup>258</sup>

A transformação da caução em arresto preventivo “só pode ser aplicado quando o arguido não preste caução, podendo fazê-lo. Aliás, se não o puder, o arresto seria ineficaz.”<sup>259</sup> Este arresto preventivo não altera a natureza da caução, do art.º 197.º do CPP, como medida de coação -.

\*\*\*

---

de uma medida de garantia patrimonial? Ou seja, dever-se-á optar por uma apreensão do valor correspondente à hipotética vantagem do ilícito ou aplicar a medida de garantia patrimonial - caução económica ou arresto preventivo - para garantir o valor correspondente aos produtos?

<sup>256</sup> Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal II”, op. cit., pág. 271

<sup>257</sup> Idem. pág. 270-271

<sup>258</sup> Idem. pág. 272

<sup>259</sup> Ibidem



### 3.4 Da Medida Processual da Lei 5/2002

#### O Arresto

Cumpra agora olharmos para o **arresto** previsto no art.º 10.º, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. Este “instrumento” visa, também, acautelar uma futura declaração de perda das vantagens a favor do Estado, tal qual as medidas *supra* referidas (apreensão e medidas de garantia patrimonial do CPP). As vantagens aqui referidas são as que foram apuradas nos termos da disposição do n.º 1 do art.º 7.º deste regime especial e não as que o arguido obteve direta ou indiretamente nos termos do Código Penal (ou noutro regime especial v.g como DL 15/93).

Aquele n.º 1 diz-nos que *“Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.”* Como se pode verificar pelo artigo citado está em causa uma presunção de vantagem, fruto da incongruência apurada e que tem como requisito de procedibilidade uma condenação por um dos crimes do “catálogo”.

Para garantia da dita incongruência patrimonial, e que constitui a base da presunção das vantagens ilícitas obtidas pelo arguido, a lei faculta o mecanismo do arresto. Nesse sentido o n.º 1 do art.º 10.º diz-nos *“Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.”*

Convém que não se misturem conceitos e se proceda pela distinção entre o arresto da lei 5/2002 do arresto preventivo do CPP. Neste sentido os professores Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes dizem-nos que,

*“O arresto preventivo previsto no CPP não se confunde, porém, com o arresto previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, diploma que consagra um meio específico do regime particular – e particularmente drástico – de resposta, preventiva e repressiva, à criminalidade organizada e económica-financeira. Em causa está, na verdade, um **meio processual** que tem em vista garantir o pagamento do valor que se presume constituir vantagem da atividade criminosa para efeitos de perda de bens (perda alargada) a favor do Estado, nos termos do disposto*

*no artigo 7.º daquela Lei.(..) Um universo que vai muito para além daquele a que se reporta o arresto preventivo regulado no CPP(...) como limite e medida – a projeção antecipada do que se podem considerar os meios necessários ao pagamento (futuro) da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionado com o crime, da indemnização ou de outra obrigação civil derivada do crime.”*

260

Na Lei 5/2002 estabelece-se um regime de Medidas de Combate à Criminalidade Organizada, entre as quais, e para aquilo que nos importa, um regime especial de perda de bens a favor do Estado, previsto nos art.ºs 7.º e seguintes. Este regime contém em si mesmos tanto normas de natureza substantiva, bem como normas de natureza processual. Para melhor compreensão, parece-nos, revelar-se proveitoso fazer uma analogia entre os regimes de perda de bens previstos no Código Penal (art.ºs 109.º ss), bem como do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro (art.ºs 35.º ss) com o regime da Lei 5/2002. Aqueles regimes apenas contêm normas de natureza substantiva estando as normas processuais destinadas a executar o confisco contidas no CPP. Mas o regime da Lei 5/2002, além das normas substantivas, instituiu simultaneamente medidas processuais destinadas a acautelar a referida declaração de perda. Neste sentido o arresto assume-se como direito processual. Pelo facto do regime de perda da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, ser tão díspar relativamente às normas do CP ou do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, o mesmo teve de criar normas para que a decisão da perda do património incongruente, após a condenação do arguido, não servisse apenas para emoldurar. O autor João Conde Correia diz-nos a este propósito que,

*“(...) se os bens confiscáveis não puderem ser, preventivamente «apreendidos», quando chegar enfim o momento decisivo de executar a decisão nada restará.” Assim, diz ainda que como forma “(..)de executar o confisco, o legislador nacional - para além do regime material da perda alargada- criou a possibilidade suplementar do arresto de bens do arguido(..)”*<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes, “Da natureza processual penal do arresto preventivo”, op. cit. pág. 141-142

<sup>261</sup> João Conde Correia, “Da proibição do confisco à perda alargada”, op. cit., pág. 186

A medida cautelar do arresto prevista no regime de combate à criminalidade organizada serve os propósitos de garantir o confisco do valor incongruente apurado, sendo este apurado após o confronto dos rendimentos lícitos com o património do arguido, art.º 7.º n.º 1 da Lei 5/2002. Para o autor João Conde Correia,

*“O arresto para perda alargada insere-se **noutro universo axiológico.**” e a noção de património estabelecida, no art.º 7.º da Lei 5/2002, vê no arresto não um “(..) garantir o confisco do valor da vantagem decorrente da prática de um crime, mas apenas **assegurar a perda do valor do património incongruente** do arguido (..) daquele património que não é compatível com os seus rendimentos lícitos (..) emerge aqui um património inexplicável(..) O que está em causa é uma situação patrimonial inexplicável, presumivelmente proveniente de atividade criminosa, que, todavia, o Ministério Público não consegue imputar a um qualquer crime concreto”.<sup>262</sup>.*

A existência de um nexos causal entre um determinado objeto, seja este um instrumento um produto ou uma vantagem de um ilícito criminal não tem cabimento na previsão desta norma.<sup>263</sup> Esta certeza absoluta merece que se faça um reparo à Lei

---

<sup>262</sup> João Conde Correia, “*apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime*”, op. cit. pág. 538-539

<sup>263</sup> Como referido anteriormente quando esteja em causa uma declaração de perda pelo valor correspondente ao objeto, seja ele instrumento, produto ou vantagem do ilícito, o meio processual não pode ser a apreensão, mas sim a caução económica ou o arresto preventivo. Apesar de nesta situação – perda pelo valor – poder ocorrer a tentação de ver nela uma desconexão do objeto ao ilícito em tudo semelhante ao arresto, previsto na Lei 5/2002, diz-nos João de Conde Correia que “*No caso do confisco do valor (art.º 111.º n.º 4 do CP), embora não exista uma ligação entre o bem arrestado e um qualquer crime concreto, há uma relação entre este e o valor garantido: o arresto resulta aqui da necessidade prática de concretizar a perda do valor da vantagem de um determinado crime passado, que deverá ser, previamente, quantificada. No caso do confisco do património incongruente (art.º 7.º da Lei n.º 5/2002) já nem sequer há uma relação entre o valor da incongruência e um qualquer crime pretérito.*” Sobre este excerto retirado da publicação “*apreensão ou arresto preventivo(..)*”, op. cit., pág. 538, faz-se duas referências: Uma que se reporta à norma citada do art.º 111.º n.º 4 do CP, que face à alteração legislativa, feita pela Lei n.º 30/2017, passou a corresponder ao atual artigo 110.º n.º 4. A outra chamada de atenção refere-se ao uso do termo arresto pelo autor na passagem “*No caso do confisco do valor (art.º 111.º n.º 4 do CP), embora não exista uma ligação entre o bem arrestado e um qualquer crime concreto (..)*” que entendemos que o autor fez apenas referência a figura do arresto preventivo do CPP parecendo esquecer-se da outra medida de garantia patrimonial (caução económica) também ela apropriada para garantir o confisco do valor dos bens (do art.º 109.º n.º 3 e art.º 110.º n.º 4 do CP), nos termos do art.º

5/2002, pelo facto da mais recentemente alteração, operada pela Lei 30/2017, em que passou a contemplar uma secção com a epígrafe “perda de instrumentos”, constituída apenas pelo artigo 12.º - B, e onde se alude à perda dos instrumentos relacionados com os crimes elencados no art.º 1.º. Sobre esta norma tivemos já oportunidade de falar neste trabalho pelo que remetemos para o se disse.

O regime especial de perda de bens da Lei 5/2002 não se aplica a todo e qualquer tipo de crime. O art.º 1.º elenca os crimes a que o regime se aplica. De resto o artigo 1.º viu o seu catálogo ser estendido com a Lei 30/2017. Tal acréscimo ao catálogo inicial deveu-se à obrigatoriedade da transposição da diretiva que contemplava um leque de crimes que não estavam previstos no regime especial<sup>264</sup>.

O arresto como meio processual destinado a garantir uma declaração de perda das vantagens presumidas de atividade criminosa obriga-nos a olhar para a noção de património do arguido prevista na Lei 5/2002. É que a noção de património prevista nas alíneas do art.º 7.º n.º 2 contem distorções face ao direito de propriedade civilístico. Efetivamente importa ter presente a noção de património do artigo 7.º a qual revelar-se-á essencial para saber sobre que bens poderá incidir o arresto, do artigo 10.º da Lei 5/2002, como medida processual que é.

\*\*\*

---

227.º do CPP, mas fê-lo para estabelecer a diferença daquele arresto face ao arresto previsto no art.º 10.º da Lei 5/2002

<sup>264</sup> Recebimento indevido de vantagem; corrupção no comércio internacional e na atividade desportiva; pornografia infantil; crimes no âmbito da lei do cibercrime; além dos referidos o lenocínio de menores, embora previsto na anterior redação da norma, impunha como requisito extra uma demonstração que fora praticado de forma organizada.

### 3.4.1 Noção de património do art.º 7.º n.º 2 da Lei 5/2002

A noção de património estabelecida nas alíneas do n.º 2 do art.º 7 da Lei 5/2002 constitui uma ideia de “património virtual”. Neste n.º 2 é dito que “*para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens*” referidos nas (três) alíneas a), b), c) deste número.

Integram-se na alínea a) os bens que **titula**, e, ainda, os bens que tenha **domínio e o benefício**, à data da constituição como arguido (CA), ou posteriormente; Integram-se na alínea b) os **bens transferidos** por um valor irrisório ou a título gratuito para terceiros, **nos 5 anos anteriores** à CA e, por último, integram-se na alínea c) os **bens recebidos nos 5 anos anteriores** à CA mesmo que se desconheça o seu destino. Nesta definição de património, estabelecida na Lei 5/2002, verifica-se uma situação normal de se considerar como património os bens que o arguido titula. Ou seja, os bens em que este detém um direito sobre a propriedade. As outras situações enquadram, nas palavras de João Conde Correia<sup>265</sup>, um conceito de “património virtual”, isto é, estamos perante uma definição que nada tem a ver com o direito de propriedade. Esta ideia de património alargado advém, por um lado, de se considerar as situações dos bens em que se tenha o domínio e o benefício<sup>266</sup>, bem como as situações em histórico. O património titulado e o património em que haja um domínio e o benefício podemos configurar como sendo uma noção que procura alcançar a “verdade material”<sup>267</sup> patrimonial (por

---

<sup>265</sup> A ideia de que o património do arguido, tal qual como consta do art.º 7.º n.º 2 da Lei 5/2002, constitui uma ideia de património virtual, que foge ao direito de propriedade previsto no código civil, artigos 1302 (ss), foi avançada pelo conferencista, na ação de formação subordinada ao tema “Perda ampliada de bens e recuperação de ativos”, realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 7 de Abril de 2017, Lisboa.

<sup>266</sup> Como exemplo deste caso podemos considerar uma viatura que formalmente está registada em nome de um terceiro, mas que no dia-a-dia é movimentada pelo arguido e sobre a qual ele se comporta como o seu dono (por exemplo pagando as despesas relacionadas com a manutenção). Poderão naturalmente existir casos de difícil perceção na distinção entre uma situação domínio e benefício e um empréstimo de um terceiro ao arguido. Naturalmente em caso de deteção de uma situação destas será normal que o arguido refute ser o proprietário da viatura. Caberá à investigação demonstrar o seu contrário.

<sup>267</sup> O património assim definido é uma realidade ficcionada, mas com esta ficção tornada realidade contornam-se problemas como a “camuflagem” da propriedade dos bens de facto pertencentes ao arguido, na medida em que são entendidos como bens pertencentes a este, aqueles que nos termos do direito da propriedade não lhe pertencem, mas sobre os quais “(.) *ele tenha o domínio e o benefício à data da constituição como arguido ou posteriormente*” – al. a) do n.º 2 do art.º 7.º -. Além desta extensão o conceito vai mais longe ainda ao ponto de ter em consideração um conjunto de bens que podem ser vistos como o “caminho das pedras” do *Iter criminis*, isto é, a fita do tempo relativa ao património que possam constituir as presumidas vantagens da atividade criminosa perpetrada pelo arguido. Esta ideia avançada por nós resulta

oposição a uma verdade formal). Assim, a lei considera como património não só o que está em nome do arguido, mas, também, o património que esteja “escondido” (independentemente do “onde”, do “como”, de “quem” e do “porquê” o património se encontra nessa situação).

Quanto a possíveis objeções que possam ser levantadas sobre os bens que não estejam na sua titularidade, mas o arguido tenha o “*domínio e o benefício*”, contrapomos com uma figura do direito civil que nos parece de algum modo apropriada à analogia: O “*usucapião*”, previsto nos artigos 1287.º ss do CC, tem um regime que nos interessa quanto aos seus requisitos e que são; a posse pública, continuada, pacífica e de boa-fé (embora a boa-fé só importe verdadeiramente para efeitos de prazos). Ora a nossa perspetiva vê, na situação fáctica do “domínio e o benefício”, as ideias de “posse pública, continuada e pacífica”, se assim não fosse o aparente titular do direito (inscrito), de acordo com a ordem jurídica, certamente, opor-se-ia com as medidas legais e admissíveis, nomeadamente, uma ação direta (art.º 336.º do CC) ou apresentação de uma queixa-crime por furto, roubo, abuso de confiança ou outro qualquer que melhor preenchesse o tipo legal de crime. Pelo exposto, não nos parece que a analogia feita possa ser considerada tão descabida.

Além das situações da alínea a) do n.º 2 do art.º 7.º a lei, na alínea b), prolonga a noção de património às situações nas quais ocorreu a transmissão do património para outros. A transmissão, nesta situação ocorre obrigatoriamente antes da constituição de arguido e por um valor irrisório ou a título gratuito <sup>268</sup>.

---

da interpretação das alíneas b) e c) do n.º 2 deste artigo em que se considera ainda os bens “recebidos”, “transferidos” nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. Estas situações configuram uma espécie de “reconstituição histórico/patrimonial” que recua até cinco anos antes da constituição como arguido. Procura-se perceber se o “*modus vivendi*” do arguido em termos patrimoniais é coadunável com os rendimentos lícitos dele. O resultado desta fotografia panorâmica não traduz uma desconformidade imediata ou um desvalor do património em si mesmo. Porque obrigatoriamente o património tem de ser confrontado com os rendimentos. Não existe aqui uma anti juridicidade intrínseca ou *per se* do património isoladamente. A insuficiência dos rendimentos para fazer face àquele património apurado é que resulta um pré-juízo de incongruência/inconformidade. A qual só será confirmada após concessão ao arguido do respetivo direito ao contraditório, isto é, de ilidir as presunções estabelecidas. Por outro lado a falta de contestação, também, não faz operar automaticamente a presunção, a qual está dependente da condenação do arguido por um dos crimes do artigo 1.º (catálogo) deste regime especial de perda de bens a favor do Estado, previsto na Lei 5/2002, das medidas de combate à criminalidade organizada.

<sup>268</sup> Eventualmente nesta situação poderíamos equacionar estarmos perante a figura jurídica prevista no Código Civil relativa aos negócios simulados. O n.º 2 do art.º 240 do CC diz-nos que “o negócio simulado é nulo”. Invocamos esta figura porque a eventual transferência (v.g seja por doação ou vendas por valores irrisórios) pode ter por objetivos proteger o património de

Por último, a lei diz que se considera ainda como património os bens recebidos pelo arguido ainda que se desconheça o seu destino. Estas duas situações agora referidas – de transmissão para terceiros ou o seu recebimento - abarcam um período que retroage até aos 5 anos anteriores à constituição como arguido.

Se nos bens **titulados ou sobre os quais haja um domínio e o benefício** fala-se no **presente e futuro** (sendo que o tempo “presente” aqui é relativo porque reporta-se à data da constituição como arguido. Pode, perfeitamente, no momento da liquidação ou da aplicação da medida do arresto os bens já não estarem na posse do arguido por terem sido alienados. O contrário também pode acontecer, isto é, ocorrerem aquisições após a constituição como arguido), **na situação da transferência ou de recebimento** (ainda que não se saiba o destino) **fala-se numa perspetiva de passado**. Isto é, recua-se para analisar o histórico do património (transferências feitas pelo suspeito – ou seja, que ainda não assumiu a qualidade de arguido. Nota se a transferência foi por valores “justos” não têm cabimento na alínea b) do n.º 2 do art.º 7.º).

A noção de património avançada pela Lei 5/2002 é de facto uma noção ficcionada e que procura fazer um retrato patrimonial do arguido num determinado período. Esse período recua até aos 5 anos anteriores à constituição de arguido e avança até ao presente e com a hipótese de se prolongar para o futuro. Dir-se-á que o limite, para apurar o património (para fixar o *quantum* da perda), será com referência à data limite que o Ministério Público tem para apresentar a liquidação (no caso esta pode ser apresentada até 30 dias antes da primeira audiência de discussão e julgamento, nos termos do n.º 2 do art.º 8.º da Lei 5/2002).

Por outro lado se dúvidas de maior não existem quanto a considerar como património os bens que o arguido tenha alienado (por valores irrisórios ou gratuitamente) até 5 anos antes da constituição nessa qualidade, para efeitos de apuramento da incongruência, pergunta-se se esse mesmo património pode ser considerado **para efeitos de arresto**? Da lei, parece-nos, que se pode fazer, pelo menos, duas interpretações. Uma, mais restritiva, em que apenas considerará suscetível de ser objeto da medida cautelar de arresto o património titulado referido na alínea a) o n.º 2

---

medidas processuais tendentes a uma futura declaração de perda. Nesse sentido se faz apelo à figura dos negócios simulados. Porem, julga-se, que a disposição do art.º 7.º da Lei 5/2002 simplifica os procedimentos tendentes à recuperação de ativos. Assim, existindo a transmissão e se se demonstrar que foi a título gratuito ou por valor irrisório será desnecessário demonstrar que havia acordo de vontades entre o arguido e o terceiro, bem como a intenção subjacente de enganar terceiros (no caso o Estado).

do art.º 7.º (e mesmo relativamente a este haverá que averiguar se ainda se encontra na posse ou se não foi entretanto alienado após a constituição de arguido) e outra que pode contemplar, também, os bens em que ele tenha o domínio e o benefício e ainda os que haja transferido para terceiros independentemente de se verificar um domínio e benefício. Um âmbito de aplicação mais restrito não levanta questões teóricas de maior, isto é, arrestar o património titulado e materialmente ainda na posse do arguido. Já uma interpretação mais abrangente obriga a algumas considerações suplementares. Ora o que nos diz a lei, como referido *supra*, é que nos termos do art.º 10.º n.º 1 “*Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.*” E, como dissemos, a Lei 5/2002 tem uma noção própria do que se pode considerar por património do arguido, no caso, todos os bens elencados nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 7.º. Aliás, para que não haja dúvidas a letra da lei diz expressamente que “*Para efeitos desta lei, entende-se por «património do arguido» o conjunto dos bens (..)*” que depois enumera nas referidas alíneas. Por isso há espaço para se interpretar que o arresto pode incidir sobre bens em que o arguido não surja como titular ou apesar de ainda ser considerado como titular, na noção abrangente definida na Lei 5/2002, o património foi alienado. Mas será que todas estas situações, desconsiderando agora os bens titulados e na posse dele, ainda se enquadram numa perspetiva material de património do arguido **arrestável**? Parece-nos que temos de separar as águas. Por exemplo se se verificou uma “alienação” enquadrável na alínea a), isto é, após a constituição como arguido para um “testa de ferro”, visando esta “delapidar” o património para inviabilizar (por falta de objeto) uma futura declaração de perda, continuando a propriedade material a ser do arguido, o arresto é, salvo melhor interpretação, naturalmente, aplicável por configurar uma “titularidade” por via do domínio e benefício. Este património do arguido responderá pelas obrigações legais. Agora, supondo que existiu uma alienação genuína a um terceiro de boa-fé após a constituição como arguido, ou seja, ainda no domínio da disposição da alínea a), será que a situação é idêntica? A questão aqui parece-nos mais complexa e a resposta não nos surge de imediato. Quanto a este património a única certeza aparente é aquela que o património tem de ser contabilizado para efeitos de confronto com os rendimentos lícitos. Porém quanto à medida cautelar do arresto ser aplicável sobre eles teremos de averiguar. Apesar de nesta situação a lei não fazer referência ao valor dos bens (pelos quais foram transferidos), parece-nos que se o arguido transferiu para o terceiro, por um valor considerado justo, neste caso, este deverá poder obstar que o arresto seja aplicado



e consequentemente ser o património declarado perdido a favor do Estado. Pelo contrário se a alienação foi por valores irrisórios ou grátis, o terceiro, mesmo que ignore a situação processual do arguido, parece-nos que terá um direito menor para se opor à referida medida de arresto.<sup>269</sup> Uma alienação em histórico (até 5 anos antes da constituição como arguido) feita por valores que se considerem “justos”, não tem cabimento na noção de património do n.º 2 (em qualquer das alíneas, nem mesmo da al. b) e deverá conceder ao terceiro uma proteção total inviabilizando qualquer medida de arresto e consequente declaração de perda (isto sem prejuízo da venda ser “simulada” e do património enquadrar-se no conceito de “domínio e benefício” da alínea a) do n.º 2). Se a aquisição do terceiro ocorreu nos 5 anos anteriores à constituição como arguido e *“a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória”* o património, parece-nos, estará mais vulnerável a que seja aplicada a medida de arresto. A posição do terceiro que obteve gratuitamente aquele património (ainda que esteja de boa fé), parece-nos, que assume contornos de um **“enriquecimento sem causa”**<sup>270</sup>, artigos 473.ºss do Código Civil, e dificilmente merecerá uma proteção legal. Contudo, e no caso de a

---

<sup>269</sup> Quanto a nós inexistente qualquer impedimento que obrigue o arguido a não alienar o património. A ação do arguido de se “desfazer” do seu património (após ser constituído nessa qualidade), supondo que nenhuma medida cautelar foi aplicada sobre o referido património é irrelevante por si mesma. Nesta situação e em primeira linha competirá, naturalmente, às autoridades judiciais tomarem as devidas providências. Apesar de tudo a alíneação não invalida que o património seja contabilizado como ainda pertencendo ao arguido, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei 5/2002.

<sup>270</sup> “Esta figura no art.º 473.º do CC, com a epígrafe “Princípio geral”, diz no n.º 1 que *“Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”* e o n.º 2 diz que *“A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou”*. A situação do enriquecimento sem causa parece-nos que oferece um bom ponto de partida para interpretar aquela norma da Lei 5/2002. No caso concreto não se está a querer enquadrar a conduta no foro criminal, ou seja, a tipificar um novo tipo legal de crime, nomeadamente como o enriquecimento ilícito. Estamos sim a dizer que perante uma situação factual em que ocorreu uma determinada “alienação” de património este seja ainda considerado como parte integrante do acervo de bens do arguido e em tal circunstância, não contrasta com outros ramos do direito que até oferecem soluções compagináveis com a redação desta alínea b) do n.º 2 do art.º 7.º Dito ainda de outra forma **se não há** da parte do arguido rendimentos lícitos capazes de justificar aquele incremento ocorrido, considerado no seu todo, então parece-nos que existirá um enriquecimento sem causa, inicialmente na parte do arguido quando os bens integravam fisicamente o seu domínio de ação, bem como posteriormente com a transferência desses mesmos bens para terceiros, os quais em abono da verdade entraram na esfera patrimonial deste sem a devida contraprestação. Ou seja, sem que houvesse o pagamento do preço, ou, tendo este existido, o mesmo revelar-se manifestamente irrisório face ao valor do bem, ao ponto de ainda estarmos perante um “enriquecimento sem causa” do terceiro. A questão problemática para esta analogia é saber quem é que assume o papel de lesado. Do nosso ponto de vista a resposta é a sociedade no seu todo.

prestação não ter sido a título gratuito, mas mediante uma contraprestação pecuniária? Será que ainda podemos falar de uma analogia com a figura do “enriquecimento sem causa”? Tudo dependerá das circunstâncias. Para a presente discussão vamos colocar a hipótese de modo diverso, vamos supor que o terceiro adquiriu património ao suspeito (futuro arguido) e viu, de facto, os seus bens serem arrestados e posteriormente declarados perdidos para garantir o valor apurado como incongruente do arguido pelas autoridades judiciais, será que tem direito a uma compensação? A resposta parece-nos que depende novamente das circunstâncias em concreto. Face ao exposto e após termos levantado aquelas questões a certeza que temos é que da definição de património contida no artigo 7.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, a mesma tem de ser vista num **duplo plano**. O plano em que a **noção de património** serve para confrontar com os rendimentos lícitos do arguido (se os houver) e fazer um **juízo de incongruência**, e o plano da mesma noção de património servir para efeitos de **aplicação do arresto** do art.º 10.º. Quanto a este aspeto, e como se disse, considerando a noção ampla de património, nos termos do art.º 7.º n.º 2, pode levar ao entendimento de que todos os bens ali referidos possam também eles ser sujeitos a arresto, aqui se incluindo bens alienados a terceiros depois da constituição como arguido ou anteriores a essa data. Os bens não podem ser colocados todos no mesmo plano. Neste mesmo sentido diz-nos o autor José Damião da Cunha, a “sanção”<sup>271</sup> baseia-se,

*“(..)numa ideia de “cálculo”, assente na soma e subtração de valores(..)”* que depois na prática se vê inviabilizada ou de eficácia duvidosa já que o **arresto não pode ser aplicado a todos os bens referidos nas alíneas do n.º 2 do art.º 7.º**. Diz-nos ainda este autor que *“(..) para garantir a execução, no caso de não cumprimento voluntário, o legislador socorre-se da figura do arresto(..) a garantia – e logo a execução – é não só de eficácia, mas também de legitimidade constitucional duvidosa. Por um lado, a duvidosa eficácia decorre do facto de, para o cálculo da sanção, se integrarem bens que nada têm a ver com a propriedade do arguido (condenado) – são os casos de transferência ou de domínio ou benefício – e que, por isso, não são susceptíveis de “arresto”*.<sup>272 273</sup> A declaração de

---

<sup>271</sup> Este autor considera a perda alargada como uma sanção. Para mais visões sobre a natureza jurídica vide capítulo 2.4.4 do presente trabalho.

<sup>272</sup> José M. Damião Cunha, “perda de bens a favor do estado medidas de combate á criminalidade organizada Económica-Financeira”, op. cit. pág 145-146

perda de vantagens deste regime (bem como do CP e outros ainda) faz cessar os direitos que recaiam sobre o referido património. Neste mesmo sentido recordamos o autor Pedro Caeiro que equipara esta apropriação do Estado ao *Ius Imperium*<sup>274</sup>

A declaração de perda revela ser uma manifestação do Estado, desencadeada através do poder judicial, de impor o seu *Ius Imperium* fazendo cessar direitos e reverter o património para a sua esfera. Contudo, parece-nos que, haverá limites não sendo razão para os violar só porque as garantias do Estado saem defraudadas, fazendo-se, dessa forma, tábua rasa dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros que nada tiverem contribuído para as vantagens ilicitamente obtidas pelos arguidos. Se os bens foram transferidos pelo arguido para terceiros, estejam estes de boa ou má fé, admitimos que possam ser declarados perdidos e alvo de arrestos quando a aquisição foi a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, tenha ela ocorrido antes ou depois da constituição como arguido (ou seja, alíneas a) e b) do n.º 2 do art.º 7.º).<sup>275</sup> A razão, a nosso ver, assenta na falta de “título legítimo” de aquisição já que a respetiva aquisição encontra-se fragilizada face as circunstâncias em que os bens entraram na esfera jurídica deste. Por isso, para nós, o que resulta óbvio é que o conjunto de bens/situações que integram a noção de património, nos termo do artigo 7.º da Lei 5/2002, abarcam-se diversas hipóteses, pelo que, eventualmente, haverá situações em que os bens de terceiros não deverão ser arrestados, outros haverão que apesar de poderem ser alvo

---

<sup>273</sup> Desde logo afirmamos que não partilhamos na totalidade a posição do autor porque a experiência empírica nesta área diz-nos que o Ministério Público têm promovido arrestos, nos termos do art.º 10.º da Lei 5/2002, sobre bens apelidados por este autor como “não suscetíveis de arresto”. Os referidos requerimentos de arresto do MP têm simultaneamente sido validados pelos Magistrados Judiciais nas suas decisões interlocutórias e finais, declarando, inclusivamente, a perda dos bens que integram aquele universo patrimonial.

<sup>274</sup> Pedro Caeiro, “*Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (..)*” op. cit., pág. 269. Contra esta analogia vide Hélio Rodrigues, “*O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos estados.(..)*”, op. cit. pág. 47-48. Todavia, as normas relativas ao confisco dizem sempre “perda de bens a favor do Estado” e não “perda de bens a favor do Tribunal”

<sup>275</sup> Como já dissemos a alínea a) do n.º 2 também abarca situações em que o património foi transferido pelo arguido para terceiros. Se o arguido assume a qualidade, supondo, “hoje” e “no dia seguinte” aliena o património, os bens, apesar dessa mudança de titular, continuam a preencher o conceito de titularidade da alínea a) do n.º 2 do art.º 7.º. E, nesta hipótese, pode perfeitamente suceder que o arguido “oculte” a sua condição processual ao terceiro e a transferência seja feita por valores considerados justos. Esta transferência, por valores justos, como referido deverá conceder ao terceiro algum tipo de proteção.

desta medida e declarados perdidos, o terceiro poderá ter direito a ser ressarcido.<sup>276</sup> Face ao que se disse a nossa conclusão é que os bens que possam subsumir-se numa das alíneas do n.º 2 do art.º 7.º podem ser sujeitos a arresto, mas só após uma investigação onde se apure uma determinada factualidade. Esta investigação deverá responder ou fornecer as bases para que as autoridades judiciais possam formular os seus juízos (sobre qual o património que pode ser alvo de arrestos).

Por isso a noção ficcionada de património, do art.º 7.º da Lei 5/2002, apela a que se proceda por uma investigação para recolha de prova para determinar a aludida verdade material relativa ao património. Prova essa que pode, desde logo, estar relacionada com os bens de que o arguido seja titular. Se para a prova da propriedade registável e titulada se basta com o meio de prova do tipo documental, tal será difícil de considerar perante bens não sujeitos a registo<sup>277</sup>, bem como sobre os quais ele tenha o domínio e o benefício<sup>278</sup> e ainda os transferidos para terceiros (para se apurar a que título foram transferidos ex: gratuitamente; por valor irrisório; por valores de economia de mercado). Por isso, parece-nos que para se investigar este património impõe-se que se faça uma investigação do tipo financeira e patrimonial, a que se alude na Lei 45/2011, de 24 de junho (Lei que instituiu o Gabinete de Recuperação de Ativos), para em paralelo com a investigação criminal fazer a radiografia patrimonial completa.

---

<sup>276</sup> Em qualquer dos casos devemos ter sempre presente as normas do Código Penal. No caso, o art.º 111.º regula expressamente as situações de perda dos bens pertencentes a terceiros. Este artigo merece ser visto por poder ajudar de alguma maneira a interpretar possíveis situações do regime da Lei 5/2002. O n.º 1 daquele artigo do CP começa por identificar as situações em que os bens do terceiro não são declarados perdidos e que são “*não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.*” e depois, nas alíneas a), b) e c) do n.º 2, enumera os casos em que são. As referidas alíneas do Código Penal dizem o seguinte: “*a) O seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios; b) Os instrumentos, produtos ou vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência; ou c) Os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida.*”.

<sup>277</sup> A questão dos bens não registáveis não é de menosprezar. Estes podem ser tão ou mais valiosos como os bens sujeitos a registo, basta pensar em “obras de arte”, relógios etc.

<sup>278</sup> Sobre os bens que haja “domínio e o benefício” diz-nos Jorge Godinho que “*visam-se aqui os bens detidos formalmente por outra pessoa, singular ou colectiva, tratando-se de provar que em todo o caso os bens pertencem à esfera jurídica do arguido*”. vide Jorge Godinho, “*Brandos Costumes*”, op. cit., pág. 1345

Para esta radiografia ser fidedigna impõe-se que a investigação não se contente com uma mera recolha de prova documental, procurando outros meios de prova por forma a identificar e localizar bens e produtos<sup>279</sup> do crime. E para esta investigação a entidade competente, em termos nacionais, é o Gabinete de Recuperação de Ativos<sup>280</sup>. O Gabinete de Recuperação de Ativos é a entidade mais abalizada, na nossa modesta opinião, na procura de respostas aos desafios nestas matérias, mas, também, se julga que de facto a nomenclatura dada ao serviço, que procura combater o fenómeno da obtenção de vantagens por parte dos criminosos, deveria ser mudada para Unidade Nacional de Recuperação de Ativos, dotando-a de uma ainda maior mobilização de meios materiais e humanos para praticar as diligências de prova necessárias à prossecução da investigação financeira e patrimonial e integrando-se definitivamente na orgânica do corpo superior da Polícia Judiciária. <sup>281</sup>

\*\*\*

---

<sup>279</sup> Os produtos aqui referidos devem ser interpretados em sentido amplo, abarcando as vantagens as recompensas, e, obviamente, as vantagens presumidas da lei 5/2002.

<sup>280</sup> Importa falar novamente sobre os bens que o arguido “*tenha o domínio e o benefício*”. A prova documental nestes casos poder-se-á revelar insuficiente para determinar essa relação e a investigação financeira ou patrimonial terá dificuldades em ultrapassar se apenas utilizar aquele meio de prova. Sabemos que além dos meios de prova previstos no CPP a lei confere também meios de obtenção dessa mesma prova. Ainda de acordo com o CPP um dos meios de obtenção de prova ali previstos é a apreensão. Sabemos que na missão da recuperação de ativos além da identificação e da localização a investigação financeira ou patrimonial também abarca a sua apreensão. Apesar do que se disse e de existirem meios de prova e meios de obtenção de prova a serem explorados pela investigação financeira e patrimonial parece-nos que a noção de património do art.º 7.º da Lei n.º 5/2002, obriga o GRA a praticar diligências típicas de OPC’s, v.g ouvir testemunhas, vigilâncias e outros. Este será certamente um desafio para o GRA, bem como o modo de compatibilizar a investigação financeira e patrimonial com a investigação criminal. Apesar de ser mais fácil esperar que a investigação criminal com o seu conhecimento do processo e dos arguidos possa apurar o património deste. A verdade é que a investigação criminal tem um objeto próprio que em determinados momentos não será compaginável com os objetivos da investigação financeira e patrimonial e que pode passar ao lado de efetivamente determinar se o arguido tem mesmo o “*domínio e o benefício*” de algo. Mais, poderá ser completamente desnecessário à investigação criminal determinar se foram “transferidos para terceiros título gratuito ou por contraprestação irrisória” quaisquer bens nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. E o mesmo se diga relativamente aos bens recebidos pelo arguido nesses mesmos cinco anos anteriores à constituição como arguido, nos termos das alíneas b) e c) do n.º 2 do art.º 7.º. Por tudo isto, julga-se que as questões relacionadas com os meios de prova ou mesmo os meios de obtenção de prova são pertinentes e constituem desafios face à *praxis* da investigação financeira e patrimonial existente.

<sup>281</sup> Esta nossa visão carece que se faça uma declaração de interesses, a qual, eventualmente, poderia ou deveria ter sido feita, de que somos parte interessada, nesta projeção da realidade, na medida em que desde dezembro de 2013 temos vindo a desenvolver atividade no GRA.

### 3.4.2 Momento da aplicação do arresto: A “todo o tempo”

O arresto, previsto na Lei 5/2002, é promovido pelo Ministério Público e decretado pelo Juiz, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art.º 10.º e relativamente aos bens do arguido. Vimos imediatamente no ponto anterior a problemática de saber quais os bens que podem ser arrestados. O problema agora é outro. Qual o momento em que o arresto pode ser promovido e decretado?

Antes da alteração ocorrida a este artigo, pela Lei n.º 30/2017, questionava-se qual o alcance do n.º 2 que estabelecia que o Ministério Público podia requerer, “*a todo o tempo*”, o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao “*apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa*”. Ou seja, este n.º 2 dizia-nos que o arresto era decretado sobre os bens do arguido e visava garantir o pagamento do valor apurado como vantagem de atividade criminosa. O Ministério Público promovia o arresto, a todo o tempo, e a competência para o decretar pertencia ao Juiz. Prescindia-se, nos termos do n.º 3, que houvesse “receio de faltar ou de uma diminuição substancial das garantias”, tal qual previsto nas medidas de garantia patrimonial no art.º 227.º n.º 1 do CPP, mas exigia-se que houvesse fortes indícios da prática do crime.

Ora este “*A todo o tempo, o Ministério público requer o arresto de bens do arguido(...)*” levava a questionar-se se tal procedimento de arresto permitia que fosse requerido pelo MP e deferido pelo Juiz antes de existir a liquidação?<sup>282</sup> Por liquidação devemos considerar o ato do Ministério Público de indicar o valor apurado como devendo ser perdido a favor do Estado, por se presumir ser resultado da vantagem de atividade delituosa (apurada do confronto dos rendimentos lícitos com o conceito de património do art.º 7.º). Nos termos do art.º 8.º n.º 1 o momento para indicar o montante apurado pelo MP é na acusação. Na acusação o MP indica (líquida) o valor que se destina a ser perdido a favor do Estado. Este momento para o MP apresentar a liquidação, de acordo com n.º 2, podia ainda ocorrer posteriormente e com o limite impreterível de ser feito até ao 30.º dia anterior à data designada para a 1ª sessão do julgamento. Em lado nenhum deste normativo se verificava a possibilidade da liquidação ocorrer antes da acusação. Com base nesta situação – de a liquidação ser

---

<sup>282</sup> Relativamente a este propósito de se aplicar o arresto antes da liquidação tivemos oportunidade de mostrar a nossa concordância em trabalho prévio, vide Raul de Campos e Lencastre Brito Coelho, “*O Arresto, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro*”, (trabalho apresentado na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, no âmbito da Pós Graduação “IV Curso sobre Direito da Investigação Criminal e da Prova”), 2014, pág. 23-26.

feita na acusação – poderia considerar-se que a lei ao dizer “a todo o tempo” queria dizer a todo o tempo com a acusação ou, então, depois desta.

Todavia, uma interpretação possível deste n.º 2 do art.º 10 seria que o Ministério Público podia promover o arresto a “todo o tempo”, logo mesmo antes da acusação. O professor Augusto Silva Dias opunha-se dizendo que,

*“Não pode, contudo, ser requerido pelo MP e decretado pelo Juiz antes da acusação. O n.º 2 do art.º 10.º da Lei 5/2002 dispõe que o arresto incide sobre o valor apurado como vantagem resultante da atividade criminosa. (...) tem lugar aquando da liquidação pelo MP (...) A expressão a todo o tempo deve reportar-se, assim, a todo o tempo após a acusação.”*<sup>283</sup>

Esta posição perfeitamente consentânea com o espírito do diploma não era sufragada pelos autores Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Rodrigues. Diziam que,

*“A lei não fixou expressamente o específico momento processual em que o arresto pode (ou deve) ser fixado. Tal medida, cumpridos que estejam os pressupostos materiais do art. 10 da lei 5/2002, de 11 de Janeiro, poderá ser adoptada em qualquer fase do processo. (...) Poderemos, assim, afirmar que a lei exige apenas a prévia constituição como arguido e a existência de fortes indícios, tal como definidos anteriormente. Com efeito, a aplicação desta medida cautelar não visa obter um mero efeito antecipatório de uma eventual declaração de perda, mas obstar aos perigos, relacionados com a dissipação e ocultação do património, que resultariam do conhecimento pelo arguido dos concretos bens que serviram para formular o juízo de incongruência patrimonial.”*<sup>284</sup>

Neste sentido a “todo o tempo”, na perspectiva daqueles autores, permitia que fosse antes da acusação. Como se viu a redação anterior do n.º 2 do art.º 10.º permitia interpretações antagónicas entre si. De facto havia duas posições doutrinárias, uma que defendia que o mecanismo do arresto, previsto no art.º 10.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, só podia ter lugar após a liquidação e, por sua vez, outra que admitia uma antecipação da aplicação da medida mesmo antes da acusação. A redação dada, pela Lei

---

<sup>283</sup> Augusto Silva Dias, “Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito”, op. cit., pág. 46

<sup>284</sup> Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, op. cit. pág. 99

n.º 30/2017, ao novo n.º 2 do art.º 10.º da Lei 5/2002 veio pôr fim à discussão sobre o alcance de “a todo o tempo”.

Assim, diz a nova redação do n.º 2 do art.º 10.º da Lei 5/2002 que “*A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação (...)*”. Esta alteração legislativa foi sensível às necessidades de acautelar que uma futura declaração de perda seja eficaz. Dessa forma **antecipa-se o momento em que o arresto pode ser requerido** e despachado favoravelmente pelo Juiz. Ora esta alteração é para que o arresto ocorra tem **dois requisitos** de aplicabilidade cumulativos: existir a) um fundado receio da diminuição das garantias patrimoniais e b) fortes indícios da prática do crime. Bem vistas as coisas só um dos requisitos é novo e no caso é a necessidade da “*existência de um fundado receio da diminuição das garantias patrimoniais*”. O outro requisito – fortes indícios da prática do crime – já constava da anterior redação para que o juiz decretasse. Mas estamos em crer que além daqueles dois requisitos podemos acrescentar ainda dois outros: 1) a necessidade de haver **arguido(s)** constituído(s) ainda que os bens arrestados venham a incidir sobre bens titulados por terceiros que não o(s) arguido(s) 2) **existência de uma incongruência**.

Salvo melhor entendimento a solução, de alterar a redação do n.º 2 do art.º 10.º da Lei 5/2002, para permitir, sem sombra de dúvida, que o arresto possa ser promovido e deferido antes da liquidação constitui uma ferramenta importante destinada a acautelar atempadamente os interesses do Estado de ver serem perdidos a seu favor os bens destinados a garantir o montante da vantagem de atividade criminosa apurado. Do ponto de vista da investigação financeira e patrimonial que procura fazer a recuperação de ativos os “tempos” em que esta se desenvolve pode permitir que ainda numa fase prévia à acusação já haja o apuramento da denominada “incongruência”. Por isso, não se estranha que o legislador tenha alterado a redação do n.º 2 do art.º 10.º, resolvendo a querela que existia na interpretação desta disposição. O arresto pode ser requerido “a todo o tempo”, inclusivamente, antes da acusação (e da liquidação) logo que apurada a incongruência. Se não nos opomos a que exista um mecanismo eficaz de acautelar o património, mesmo antes da acusação, também, nos parece que deveria haver uma separação do incidente da liquidação, face ao procedimento criminal. Deste facto daremos conta no capítulo de seguida das nossa preocupações.

\*\*\*



#### 4. Recuperação de Ativos e Conformidade Constitucional (da Lei 5/2002)

Tivemos oportunidade de afirmar neste trabalho que a recuperação de ativos integra a lista de prioridades da política criminal enunciadas para o biênio 2017-2019, através da lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto. Também dissemos que aquele conceito não se encontra fixado podendo nele se integrarem matérias que visam objetivamente finalidades distintas que vão para além da mera declaração da perda das vantagens obtidas com a prática das infrações penais. Não voltaremos a repetir as questões já discutidas neste trabalho. Importa agora analisar dentro da recuperação de ativos o confisco alargado e as questões relacionadas com a constitucionalidade das referidas normas.

Desde que o regime especial de perda de bens a favor do Estado foi aprovado, pela Lei 5/2002, de 11 de janeiro, a sua consistência face à lei fundamental teve já oportunidade de ser posta à prova. A questão que maior celeuma provocou de um modo geral na doutrina relacionava-se com a estatuição de uma presunção em caso de condenação, por um dos crimes do catálogo referidos no art.º 1.º. Na estatuição do art.º 7.º n.º 1 é dito que “(..) *presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.*” Jorge Godinho foi à época uma das vozes que questionou a bondade do regime. Dizia este autor que,

*“Em suma: os desenvolvimentos legislativos que deixámos documentados representam um afastamento da regra que, ancorada na presunção de inocência e no direito de propriedade, deveria imperar neste domínio”*<sup>285</sup>.

Relativamente à questão do direito de propriedade privada ser posto em causa por este regime legal opinámos pela discordância de ver neste instrumento uma violação à lei fundamental mormente o art.º 62.º da Constituição. Abstemo-nos de reproduzir o que dissemos logo no início deste trabalho. Mas no que à violação do princípio da presunção da inocência diz respeito muito há ainda por dizer.

Jorge Godinho dizia que,

*“espera-se que o legislador português (..) possa reformar o instituto gravemente anómalo que é o confisco alargado, suprimindo pelo menos os seus mais criticáveis aspectos, a começar pela inversão do ónus da prova,*

---

<sup>285</sup> Jorge Godinho, “*Brandos Costumes*”, op. cit. pág. 1362-1363

*e dando-lhe, na medida mais ampla possível, um cunho garantista. Isto caso a sua eliminação não seja possível, em virtude de compromissos internacionais.” E concluía este mesmo autor “Entretanto, a palavra cabe naturalmente ao Tribunal Constitucional.”*<sup>286</sup>

A par destas críticas outras existiram de tal modo que arriscamo-nos a dizer que o regime esteve na prateleira do esquecimento a ganhar pó. João Conde Correia resumia,

*“Porventura por causa deste clamor doutrinal (..) solução parece ter ficado então esquecida, de tal forma que durante os seus primeiros anos de vida muito poucos ousaram promover e aplicar o mecanismo.”*<sup>287</sup>

Todavia, em determinado momento o recém-nascido, esquecido numa incubadora durante os primeiros anos de vida, saiu pelo seu próprio pé e com aparente saúde. Pelo menos assim se pronunciaram os “doutores” do Tribunal Constitucional. Metáforas à parte, o Tribunal Constitucional deu-lhe chancela de conformidade com a lei fundamental. Na realidade o TC pronunciou-se, até ao momento, em três ocasiões distintas, nos acórdãos n.ºs 101/2015<sup>288</sup>, 392/2015 e 476/2015. O acórdão n.º 101/2015, sinteticamente, decidiu que *“Na verdade, in casu, a “presunção” contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 apenas opera após a condenação, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais exceto quando o legislador disponha em contrário”*. O acórdão n.º 392/2015 foi o segundo proferido pelo TC e traduziu-se, nas palavras de João Conde Correia e que acolhemos, numa exaustiva análise doutrinal nacional e contextualização internacional. Dada a extensão do acórdão socorremo-nos de seguida das palavras daquele autor que captam na essência a decisão proferida por aquele tribunal, sem prejuízo de voltarmos à decisão mais adiante por não partilharmos na totalidade todas as conclusões retiradas pelos juízes conselheiros do palácio Ratton. Resume,

---

<sup>286</sup> Idem pág. 1363

<sup>287</sup> João Conde Correia, *“Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional (..)”* op. cit. pág. 210

<sup>288</sup> Acórdão n.º 101/2015, processo n.º 1090/2013, publicado no DR, 2.ª série, 26/3/2015; Acórdão n.º 392/2015, processo n.º 665/15, publicado no DR, 2.ª série, em 23/9/2015; Acórdão n.º 476/2015, processo n.º 1163/14, publicado no DR, 2.ª série, em 5/11/2015

*“a presunção de proveniência ilícita de determinados bens e a sua eventual perda em favor do Estado não é uma reação pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso. Trata-se, antes, de uma medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens. Por isso mesmo, mais uma vez, contrariando aqueles arautos, o Tribunal Constitucional concluiu que nesse **procedimento enxertado no processo penal** não operam as normas constitucionais da **presunção da inocência** e do **direito ao silêncio do arguido**.”*<sup>289</sup>

O terceiro acórdão sobre a matéria n.º 476/2015 não trouxe novidade acolhendo os argumentos anteriores. Nesse sentido o mesmo autor,

*“o Tribunal Constitucional se tenha limitado a convocar aquele veredictum, remetendo para os seus fundamentos, sem acrescentar nenhum argumento original.”*<sup>290</sup>

O mérito do instituto da perda alargada é inquestionável. O mesmo veio contornar um problema que passava por demonstrar que uma suposta vantagem provinha de um determinado crime. O caso paradigmático apontado por excelência é o tráfico de estupefacientes em que um vasto património possuído por um arguido, sem qualquer suporte nos rendimentos lícitos declarados, tinha o óbice, para ser declarado perdido a favor do estado, que a investigação fizesse prova das vantagens obtidas em cada negócio. Por outras palavras, feita a prova de que determinados agentes tinham cometido um determinado crime sempre sugeria a dificuldade de demonstrar que o património detido por eles constituía uma vantagem obtida pela prática desse mesmo crime. O nexo causal que tem de ficar demonstrado entre a ação ilícita típica e a vantagem só seria possível em muitas situações com recurso à chamada “prova diabólica”. Ora o combate à criminalidade organizada e económica-financeira, que visa

---

<sup>289</sup> João Conde Correia, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional (...)” op. cit. pág. 211

<sup>290</sup> Idem pág. 211-212

principalmente o lucro, sairia frustrada muitas vezes só com os mecanismos de perda de bens clássicos previstos no CP e noutros diplomas já referidos que exigem também uma ligação entre a ação e a vantagem.

Este poderoso instrumento encerra em si várias matérias que a doutrina tem vindo a discutir e a questionar a sua conformidade face à lei fundamental. A jurisprudência do TC já decidiu sobre algumas dessas matérias mais controversas. Naturalmente, analisou já sobre a inversão do ónus da prova e da inexistência de uma violação do princípio da inocência. A decisão do TC sobre a presunção estabelecida no regime especial de perda de bens foi a de que a inversão do ónus não representa uma violação ao princípio da inocência porque a presunção só opera depois da condenação. A presunção vai operar sobre a questão patrimonial e não sobre a culpa do agente até porque a mesma, como se disse, exige a condenação. Se a condenação claudicar a questão patrimonial também ficará prejudicada. Por esse motivo a questão da presunção da inocência parece-nos que foi bem resolvida pelo TC. Por outro lado o tribunal também já se pronunciou sobre a suposta violação do direito ao silêncio. E decidiu este tribunal pela inobservância de qualquer violação deste direito. Neste aspeto desde já adiantamos que temos reservas quanto aos argumentos usados pelo tribunal. Do acórdão n.º 392/2015 resulta que o arguido alegou, quanto à violação do direito ao silêncio, que *“De facto, o direito ao silêncio, um dos corolários mais importantes do princípio nemo tenetur consagrado implicitamente na Constituição da República Portuguesa, resulta amplamente comprimido, visto o arguido correr o risco de ser forçado a proferir declarações, as quais lhe poderão ser desfavoráveis no encadeamento da questão principal, para fugir ao confisco e ilidir a presunção prevista no n.º 1, do artigo 7.º do diploma em causa.”* Na resposta a este ponto o tribunal disse *“Tendo em conta o aqui exposto, nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido, invocadas pelo Recorrente.”* Mais acrescenta especificamente sobre a não violação do direito ao silêncio que *“E também não inviabiliza o direito ao silêncio ao arguido, não se vislumbrando em que medida da demonstração da origem lícita de determinados rendimentos possa resultar uma autoincriminação relativamente ao ilícito penal que lhe é imputado nesse processo, e muito menos um desvio à estrutura acusatória do processo penal.”* Ora as alegações do arguido foram contrariadas pelo TC com o singelo

argumento de não vislumbrar (como possa a demonstração da origem lícita dos rendimentos implicar) a autoincriminação. Ora nós não temos tanta certeza.

A questão que nos preocupa é o momento em que o arguido tem que apresentar a defesa. De acordo com o art.º 9.º n.º 4 a defesa ou é apresentada na contestação, para o caso de a liquidação ter sido deduzida na acusação, ou 20 dias contados da notificação da liquidação quando esta for posterior à acusação. Daqui resulta que a defesa terá de ocorrer sempre, previsivelmente, previamente ao próprio julgamento. Previsivelmente porque na hipótese do MP promover a liquidação no limite do prazo que a lei lhe confere – até ao 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de julgamento – há que contar ainda com o ato de notificação do arguido e só com o cumprimento deste ato se inicia o prazo de 20 dias para o arguido exercer o seu direito de defesa. Por isso conclui-se que a defesa à liquidação ou é anterior ao julgamento ou pelo menos contemporânea ao início deste. Uma coisa é certa “*o rito processual com vista ao confisco é desencadeado antes da própria sentença condenatória*” embora “*o seu efeito fica condicionado à condenação*”<sup>291</sup> Do nosso ponto de vista impor que a defesa à liquidação seja apresentada previamente à condenação afeta o direito ao silêncio. E não estamos sós nesta nossa ideia. Jorge Godinho, José Damião da Cunha, Paulo Silva Marques são alguns exemplos dessa linha de pensamento. Jorge Godinho diz-nos,

*“Outro aspecto potencialmente criticável do regime de confisco alargado é o facto de se desencadear a aplicação de uma reação que pressupõe uma condenação, a alguém que (ainda) não foi condenado e, de resto, poderá nunca vir a sê-lo, dado que a lei se basta com a constituição como arguido.”* Ou seja, “*o arguido é assim colocado na posição de **ter de se defender do processo para confisco em simultâneo com o processo principal.***”<sup>292</sup>

Para Jorge Godinho tal situação comporta vários riscos. Um dos riscos é o arguido ser “obrigado” a proferir declarações que o podem prejudicar para evitar o confisco. Assim, o direito ao silêncio fica comprometido.

---

<sup>291</sup> Jorge Godinho, “*Brandos Costumes*”, op. cit. pág. 1342, nota baixa (91)

<sup>292</sup> Idem, pág. 1360

Paulo Silva Marques diz-nos que, a presunção contante do regime da perda de bens, da Lei 5/2002, é uma presunção *iuris tantum*. Neste tipo de presunções, que são ilidíveis,

*“verifica-se que estas se caracterizam pelo facto de a sua estrutura ser constituída por três elementos: - o facto base ou base da presunção; - o facto presumido; - a relação lógica-causal entre os dois factos (...)”.*<sup>293</sup>

Adianta este autor que no caso do regime da perda alargada a base da presunção assenta na condenação pela prática de um dos crimes do catálogo e a desproporção do património face aos rendimentos. Ora daqui resulta que o facto presumido é a origem ilícita do património incongruente. Para o autor a relação lógica-causal, entre a base da presunção e o facto presumido, assenta,

*“claramente no raciocínio que os crimes previstos no artigo 1.º da Lei, são potencialmente aptos a gerar ganhos avultados, maxime se praticados de forma organizada, pelo que a condenação pela prática desses crimes, torna razoável a suspeita de que o património incongruente possuído pelo condenado provém de fonte ilícita.”*<sup>294</sup>

A consequência que Paulo Silva Marques retira da presunção é a,

*“necessidade de o arguido ter de fornecer dados para o processo, que permitam a prova do contrário, visto que o seu silêncio ou a sua inação, se traduzirá na verificação da presunção, com a consequência de que o património será efectivamente confiscado.”*<sup>295</sup>

À semelhança das críticas anteriores (*in casu* Jorge Godinho) também Paulo Silva Marques critica este aspeto da lei. Diz-nos,

*“Destarte, o direito ao silêncio, um dos corolários mais importantes do **princípio nemo tenetur** consagrado implicitamente na Constituição da República Portuguesa, é **amplamente comprimido**, visto o arguido correr o risco de ser forçado a proferir declarações, as quais lhe poderão ser desfavoráveis no encadeamento da questão principal para fugir ao*

---

<sup>293</sup> Paulo Silva Marques, “O Confisco ampliado no direito penal português”, op. cit. pág. 303

<sup>294</sup> Idem. op. cit. pág. 305

<sup>295</sup> Ibidem

*confisco. (...) parece que a imposição ao arguido do dever de carrear prova, rectius proferir declarações que lhe podem ser desfavoráveis, para efeitos de obstar ao confisco, viola este direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido constitucionalmente previstas, máxime no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.”*<sup>296</sup>

José Damião da Cunha questiona também a bondade da medida. Dúvida este autor que a presunção estabelecida garanta os direitos de defesa. O autor coloca o problema no campo do processo penal em que não existe só a questão do apuramento da culpabilidade, mas também da determinação da sanção. Nesse sentido,

*“Pode, assim, o arguido ver-se no dilema de ter de enfrentar uma e outra questão, cuja defesa pode não ser coincidente.”*<sup>297</sup>

Da doutrina *supra* citada decorre a concordância na ideia da existência de uma compressão do direito ao silêncio<sup>298</sup> porquanto a presunção estabelecida na lei obriga este a pronunciar-se para obstar que o efeito se produza. As posições destes autores são temporalmente anteriores à tomada de decisão pelo Tribunal Constitucional e como dissemos o acórdão n.º 392/2015 do TC refuta a existência da violação do direito ao silêncio. Justificação? O não vislumbrar como pode a demonstração pelo arguido da origem lícita dos rendimentos implicar a autoincriminação. Mas tal argumento parece-nos ao nível, hipoteticamente falando, de um que defendesse que o tribunal poderia condenar o arguido por um determinado crime, sem necessidade de produzir prova, bastando para tal formular uma acusação e contando apenas como prova o silêncio deste porque naturalmente “quem cala consente”.

Todavia, parece-nos que a questão não será assim tão linear. Se é verdade que a presunção não serve para condenar porque os efeitos patrimoniais daquela só se verificarão mediante a condenação também nos parece que o problema é o **Momentum** em que o arguido tem de oferecer prova para evitar o possível confisco. Ou seja, o que

---

<sup>296</sup> Ibidem

<sup>297</sup> José M. Damião Cunha, “*perda de bens a favor do estado - medidas de combate á criminalidade organizada Económica-Financeira*”, op. cit. pág. 155-156

<sup>298</sup> Em sentido contrário Duarte Alberto Rodrigues Nunes, “*Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado (...)”*” op. cit. pág. 55-58

questionamos é o momento em que a defesa do arguido tem de ser feita sob pena deste direito expirar e não a consequência jurídica da presunção estabelecida. Nesses termos tendo a defesa de ser apresentada ainda antes do mérito da questão penal estar decidida pode colocar naturalmente o arguido na posição “entre a espada e a parede”, ou seja, ter de quebrar o silêncio, que lhe assiste, autoincriminando-se para demonstrar que na realidade o valor apresentado na liquidação pelo Ministério Público não corresponde à dita presumida vantagem de atividade criminosa. O julgador parece ter uma visão “*maniqueísta*” da realidade. Não há espaço para o “cinzento” e por isso não concebe que nas formas de elisão da presunção podem caber situações que envolvam a admissão de culpa, mas, que apesar de tudo, não devam ser confiscadas. Neste particular configuramos, à semelhança do que sucede na economia legal, nem toda a receita corresponde ao lucro. Se se pensar na situação de prestação de contas que a generalidade dos contribuintes faz todos os anos com a administração fiscal seja através da entrega do IRS seja através da entrega do IRC sabemos que nas referidas declarações aparecem normalmente valores correspondentes a rendimentos brutos. Seguidamente ao valor bruto apurado são descontados, para efeitos de cálculo do imposto (a pagar, a receber ou nenhuma das duas), as retenções na fonte, as despesas feitas para obtenção do lucro, como por exemplo a aquisição de mercadoria. A ideia que importa ter aqui em conta é que para obter determinado rendimento líquido há que descontar determinadas verbas suportadas pelo sujeito passivo do rendimento bruto. Grosseiramente falando há que subtrair as despesas ao rendimento bruto para obteremos o rendimento líquido ou no caso em equação a vantagem líquida da prática do crime. Para a questão da vantagem líquida *versus* vantagem bruta citamos as palavras de Pedro Caeiro que são sintomáticas do problema (apesar de proferidas no âmbito da perda clássica o raciocínio é transversal),

*“A exigência de proporcionalidade da perda, comum a todas as reacções penais, encontra-se assegurada, em princípio, pela exigência de que os bens (..) representem uma vantagem patrimonial e, consequentemente, pela restrição do âmbito da medida à **vantagem líquida (colocar o agente na situação em que estaria se não tivesse cometido o crime)**, visto que, para lá dessa fronteira, a perda assumiria um carácter inequivocamente*



*punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes (nomeadamente, a sua sujeição ao princípio da culpa).’’<sup>299</sup>*

No mesmo sentido João Conde Correia,

*“Só assim se consegue reduzir o arguido ao status quo anterior à prática do facto ilícito típico. ”<sup>300</sup>.*

Tínhamos inicialmente previsto, nesta fase, oferecer exemplos da relevância da questão do lucro bruto versus lucro líquido. Mas, apesar de estarmos certos de que a questão tem relevância, os exemplos oferecidos parecem-nos *toscas*, por isso, deixamo-lo em nota de rodapé. <sup>301</sup> Agora no que ao nosso pensamento diz respeito não temos

---

<sup>299</sup> Pedro Caeiro, “*Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens* (...) op. cit. pág. 309

<sup>300</sup> João Conde Correia, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, op. cit. pág. 91

<sup>301</sup> A problemática da vantagem bruta ou líquida pode surgir por exemplo logo no primeiro crime referido no catálogo da Lei 5/2002, art.º 1.º n.º 1 al. a) – Tráfico de Estupefacientes -. O arguido decide tornar-se empreendedor de uma empresa criminosa dedicada ao tráfico de estupefacientes e no início da atividade teve os naturais “custos iniciais de instalação”. Porém as coisas não correm de feição e nunca chega a revender a mercadoria comprada (p.ex: por sorte a mesma é interceptada pelas autoridades policiais). Decidido a ter sucesso endivida-se junto de um terceiro de boa fé a quem pede dinheiro emprestado para tentar suportar os custos de nova remessa da matéria-prima. Como um azar nunca vem só o arguido ao final de algumas tentativas sem sucesso é apanhado e condenado. Quanto ao dinheiro encontrado na posse do arguido não é estabelecida ligação ao crime subjacente nem declarada a perda de bens previsto no regime do DL 15/93, de 22 de janeiro. Todavia, o arguido para impedir a produção dos efeitos da presunção teria de admitir que aquela verba seria o “preço” a pagar pela “mercadoria” ilícita que iria comprar. Ora nesta situação o valor correspondente ao “preço”, parece-nos que poderia ainda ser declarado perdido como vantagem do fornecedor (ainda que ausente do processo). Mas se a quantia monetária não tivesse aquela finalidade e imagine-se se destinasse a fazer face a custos de logística (p.ex: pagar as transportadoras, transitários, desalfandegamento e/ou outros num caso de tráfico internacional por via marítima) Será que esse dinheiro teria de ser declarado perdido? Certo parece ser que o arguido teria dificuldade em justificar a proveniência do dinheiro numa das alíneas do n.º 3 do art.º 9.º da Lei 5/2002 e, todavia, no caso não existiria uma vantagem. O arguido no caso em apreço teria de incriminar-se para explicar que nenhuma vantagem tivera obtido. Se o momento da defesa à liquidação fosse efetivamente depois da condenação o arguido não teria pejo em explicar o “trato sucessivo” e que apesar dos crimes cometidos a vantagem líquida era nula. Os cenários configurados podem não primar pela perfeição, mais ainda porque sempre haveria ainda de conjecturar nesta última hipótese de o “dinheiro”, não constituindo uma vantagem (nem o preço a pagar pela mercadoria ilícita), poder ser considerando um instrumento para a prática do referido crime. Será que o dinheiro aqui tem uma “instrumentalidade”? Temos dúvidas de que esse dinheiro possa ser declarado perdido nesses termos pelo que a questão se mantém. Ou o arguido se reserva ao silêncio quanto à questão patrimonial para obstar que tal depoimento lhe seja prejudicial na questão

dúvida de que aquela questão é um verdadeiro problema que o arguido se pode deparar com a presunção do confisco alargado e por isso ter de se colocar na seguinte situação ou exerce o seu direito de defesa relativamente à liquidação, contestando os valores “inflacionados” apurados como vantagem pelo Ministério Público e se incrimina, ou espera que o tribunal dê como provada a sua culpabilidade, mas neste caso prescinde da defesa quanto à questão patrimonial. Na hipótese de optar por quebrar o silêncio tal pode revelar-se incriminador no que à questão penal diz respeito.

Como se constata neste tópico temos vindo a abordar a questão da constitucionalidade do regime da perda alargada ou de alguns aspetos que julgamos merecerem serem discutidos. Sobre o princípio *Nemo Tenetur Se ipsum Accusare* Augusto Silva Dias abordou, por mais do que uma vez, esta matéria. Explica-nos este autor que,

*“No seu sentido mais profundo a garantia do **nemo tenetur** visa evitar que o suspeito da prática de uma infracção seja transformado em colaborador involuntário das entidades públicas com competências processuais. Em outros termos visa impedir que o suspeito seja tratado como mero meio de prova, **actuando inclusive contra si próprio**, e não como sujeito processual.”* Como nos explica este autor a nossa Constituição não consagra expressamente a garantia do *nemo tenetur* ao contrário da Constituição Espanhola, Brasileira e Norte Americana, mas *“Todavia, a doutrina e a jurisprudência nacionais são unânimes em reconhecer que a garantia goza de protecção constitucional implícita.”* Este autor afirma que o princípio manifesta-se *“mais precisamente, do princípio do processo equitativo (art.º 20.º, n.º 4, da CRP), das garantias de defesa (art.º 32.º, n.º1) e da presunção de inocência (art.º 32.º, n.º 2) mas também, de forma mediata e fragmentária, dos direitos (substantivos) à integridade pessoal e à privacidade. A um nível infra-constitucional o princípio obteve consagração expressa no CPP, na variante de um amplo direito ao silêncio do arguido (art.º 61.º, n.º 1, al. d)).”* Mas o princípio não se esgota naquelas manifestações expressas apesar *“Malgrado*

---

penal ou se defende quanto à questão patrimonial auto incriminando-se quanto à questão penal.

*algumas posições doutrinárias façam coincidir o nemo tenetur com o direito ao silêncio ou negligenciem outras vertentes do direito à não auto-inculpação, uma compreensão do problema menos legal-positivista e mais sensível à Constituição e aos direitos obriga a considerar que a garantia vigora também perante outros actos comunicativos (orais, escritos, gestuais) através dos quais o suspeito pode contribuir para a sua própria inculpação.”*<sup>302</sup>

Feito este esclarecimento julgamos poder retirar a conclusão de que o princípio do *Nemo Tenetur* não se trata apenas do direito do arguido poder reservar-se ao silêncio. O princípio consagrado manifesta-se evitando que o suspeito seja usado como meio de prova autoincriminando-se. Por isso no momento em que se a questão penal ainda não está decidida obrigar-se o arguido a tomar posição sobre a questão patrimonial se se quiser defender da presunção que só operará após a condenação parece-nos uma situação típica em que se aplica a expressão popular “*pôr a carroça à frente dos bois*”. Tanto mais criticável é esta solução porque como disse José Damião da Cunha, *supra* citado, “*Pode, assim, o arguido ver-se no dilema de ter de enfrentar uma e outra questão, cuja defesa pode não ser coincidente.*” Tal situação viola o princípio da não autoincriminação - “*Nemo Tenetur se ipsum accusare*” – ao obrigar à quebra do direito ao silêncio que assiste ao arguido, previsto no art.º 61 n.º 1 al. d) do CPP. Exemplificando, o arguido pode ter de, para afastar a presunção estabelecida no art.º 7.º da Lei 5/2002, assumir a culpabilidade pela prática dos factos ilícitos típicos praticados procurando dessa forma demonstrar que apesar do ilícito cometido não obteve nenhuma vantagem da referida atividade ilícita, ou se a teve foi por valores inferiores aos apurados, porquanto o cálculo feito não considerou os custos, despesas inerentes à prática do crime. Nesse sentido o arguido parece ser “forçado” à escolha entre incriminar-se quebrando o seu direito ao silêncio oferecer prova contra si para obstar que a presunção opere.

Esta situação - *Nemo Tenetur se ipsum accusare* – só se coloca neste regime especial de perda de bens a favor do Estado previsto na Lei 5/2002. Tal não se coloca no

---

<sup>302</sup> Augusto Silva Dias, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, n.º 1 (Janeiro-março 2010), Coimbra, 2010, pág. 242-243

regime geral da perda do Código Penal bem como noutros diplomas em que tem de ficar demonstrada a existência de um nexo causal entre os objetos e os factos ilícitos típicos cometidos. Nestes regimes não existe nenhuma presunção logo o arguido pode perfeitamente remeter-se ao silêncio e não se incriminar ou oferecer prova contra si.

De resto convém salientar que não estamos a defender que a presunção do art.º 7.º da Lei 5/2002 constitui em si mesma uma manifestação do *Nemo Tenetur se ipsum accusare*. O problema não está na presunção em si porque ela só funciona após a demonstração da culpabilidade e da consequente condenação por um dos crimes previstos no art.º 1.º do regime especial de perda de bens da lei de combate à criminalidade organizada. Acontece é que estando obrigado a apresentar os elementos de prova que obstem que a presunção opere antes da condenação tal pode, em certas situações, colidir com os direitos de defesa do arguido e da não autoincriminação. Parece-nos que para esta situação não se colocar, e ainda considerar plenamente válida a presunção, a elisão dessa mesma presunção teria de ficar para depois de resolvida a questão penal no processo penal e da respetiva responsabilidade criminal ficar fixada, na medida que tal situação pode obstar que o arguido aja na plenitude dos seus direitos de defesa.

Acima expusemos a posição do TC sobre a inexistência de uma violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* no que à presunção do art.º 7.º da Lei 5/2002 diz respeito. A doutrina inicial que se pronunciou sobre a referida presunção contida naquele regime foi no sentido contrário àquelas que vieram a ser posteriormente decididas nos acórdãos do TC. Também dissemos que Duarte Nunes, num trabalho mais recente, pronunciou-se pelo mesmo entendimento do TC. Diz este autor que,

*“ainda que o nemo tenetur fosse aplicável ao procedimento relativo ao confisco “alargado”, em lado algum o arguido é obrigado a prestar declarações no âmbito de tal incidente e muito menos a ter de admitir factos que lhe sejam desfavoráveis, não havendo lugar a qualquer prestações de depoimentos em moldes iguais ou idênticos ao depoimento de parte no processo civil (em que a recusa em depor ou a falsidade do*

*depoimento levam a que o depoente incorra em responsabilidade criminal).*”<sup>303</sup>

A nossa opinião deixámo-la acima exposta e não vai na direção deste autor. Justificámos com o momento em que o arguido é chamado a pronunciar-se ou melhor a defender-se. Não estando a questão penal decidida é natural que a defesa dirigida à questão patrimonial possa implicar a assunção de responsabilidades naquele âmbito.

Como dissemos o TC além do argumento de falta de visão - não vislumbrar como pode a demonstração pelo arguido da origem lícita dos rendimentos implicar a autoincriminação - veio afirmar que *“neste procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido.”* Para nós este argumento é aquele que poderá fazer mais sentido, mas não exatamente com o mesmo alcance dado pelo TC. Como temos vindo a referir nos moldes atuais em que se desenrola a questão da defesa da presunção sobre o património, em simultâneo com a defesa da matéria relativa à responsabilidade criminal, o que no nosso entendimento põe em causa o princípio *nemo tenetur*, teria solução com a separação dos processos. A posição do TC parece ser de admissibilidade ao configurar o procedimento como um excerto. Enxerto que coloca em perigo o direito de defesa do arguido ao ponto de em certas situações poder a defesa traduzir-se numa autoincriminação. Por isso melhor teria andado o legislador em separar as águas. A propósito da investigação financeira e patrimonial levantámos a questão de que meios de prova e meios de obtenção de prova poderiam ser usados nesta investigação. João Conde Correia dá-nos conta de que,

*“Segundo (por exemplo) o Proceeds of crime Act inglês de 2002, as provas obtidas numa investigação financeira ou patrimonial separada, com base no dever de colaboração do visado, não podem ser utilizadas contra ele no processo penal, sob pena de eventual violação do privilégio against self-incrimination (..)”*<sup>304</sup>

---

<sup>303</sup> Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *“Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado (..)”* op. cit. pág. 55-58

<sup>304</sup> João Conde Correia, *“Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”*, op. cit. pág. 56, nota de rodapé 28

Parece resultar deste regime do direito comparado que as matérias investigadas no âmbito da investigação financeira ou patrimonial correm em separado ao processo penal e as provas ali obtidas não podem ser usadas neste processo porque se traduziria na violação do privilégio contra a autoincriminação. Se naquele regime há aquele entendimento então que conclusão podemos retirar para o nosso? Sempre se poderá dizer que não existe o dever de colaboração no âmbito da presunção, mas a verdade é que existe de forma camuflada. Porque o arguido sempre se terá de defender concomitantemente com a defesa da questão penal sob pena de perder o direito à defesa. Tal facto e pelas razões já referidas pode constituir a violação do princípio da não autoincriminação. Por esse motivo, deduzimos nós, é que no direito comparado separaram as matérias sendo que as provas da investigação financeira ou patrimonial não podem aproveitar para o processo penal. Sempre se dirá que tal facto resulta por existir um dever de colaboração, mas digamos que no procedimento enxertado em processo penal também existira embora de forma camaleónica. Estaremos perante uma colaboração forçada porque o arguido é forçosamente compelido a colaborar, ou melhor, a defender-se, ainda que tal o possa prejudicar na questão principal. Refletindo, sobre o que se disse agora mesmo, somos levados a reconsiderar o que dissemos e que a violação do princípio do *Nemo Tenetur* pode não estar no momento em que a defesa tem de ser feita, mas pela utilização que se faça da defesa sobre a presunção em sede processual penal. Dito de outro modo ou bem que a questão da defesa sobre a presunção fica para “segundas núpcias”, ou seja, para um momento posterior à decisão penal (ainda que se admita que não haja necessidade de esperar pelo transitado em julgado), ou bem que o procedimento enxertado no processo penal tem de sair do processo penal e ser discutido autonomamente para que a defesa do arguido possa ser feita em toda a sua plenitude sem que daí possa resultar um constrangimento de não se defender por tal ser-lhe prejudicial. Nos termos em que está é que não nos parece ser compatível com o princípio referido. Euclides Dâmaso Simões perspetivando que a presunção contida na Lei 5/2002 pudesse vir a ser declarada inconstitucional, por ter escrito previamente à tomada de qualquer decisão do TC sobre a compatibilidade dos normativos com a lei fundamental, veio dizer que,

*“Se, ainda assim, as instâncias superiores vierem a considerar inultrapassáveis as dificuldades de uma leitura e aplicação constitucionais desse preceito da lei ordinária, não vemos que a*

*diferente estrutura do sistema de direito continental impeça a adopção de institutos com uma **configuração exclusiva ou predominante civilística**, à semelhança do que sucede com os sistemas anglo-saxónicos. Não devendo, também aí, ser afastada a consagração de presunções, com a do art.º 7º da Lei n.º 5 /2002, à semelhança do que acontece noutros domínios civis.”*<sup>305</sup>

Em resumo Euclides Dâmaso Simões veio dizer que se a questão da perda das vantagens presumidas discutida no âmbito penal fosse de alguma forma posta em causa pelo TC tal não deveria ser obstáculo a que fosse consagrado no nosso sistema jurídico uma solução que abarcasse a presunção estabelecida na Lei 5/2002 embora eventualmente discutida no domínio civilístico. Na realidade, da opinião deste autor resulta que apesar de defender o recurso à presunção o mesmo também pense que a solução consagrada poderia ser melhorada se fosse resolvida noutro âmbito. Em concreto diz-nos que,

*“Tal modificação da estrutura da providência legal, para além do objectivo a que se aludiu, teria ainda o mérito de remeter a decisão pós-sentencial do processo, retirando-lhe a carga sancionatória que comporta na configuração actual, ao mesmo tempo que não obrigava o arguido a proferir alegações que o poderiam prejudicar em termos criminais, nem fazia precluir o seu direito de defesa contra a petição de perda ou confisco alargado.”*<sup>306</sup>

A favor da separação dos processos está José Damião da Cunha diz-nos ele que,

*“De facto, poder-se-ia argumentar que o conhecimento antecipado do valor do montante apurado e uma vez que ele se presume produto de uma actividade criminosa, poderia colocar em causa a imparcialidade do tribunal, na medida em que ele traduz um juízo de suspeita, tanto mais forte quanto o montante apurado seja elevado. Que este risco existe,*

---

<sup>305</sup> Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade “ *Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*” op. cit. pág. 33

<sup>306</sup> Idem, pág. 33-34, nota de rodapé 21

*parece-nos evidente; ele só poderia ser superado pela necessária cisão da questão penal perante esta sanção.”*<sup>307</sup>

Mas para este autor o problema não reside tanto no tribunal tomar conhecimento antecipado por parte de um valor que deverá ser declarado perdido em caso de condenação. José Damião da Cunha coloca mais entraves à possível mistura de matérias e da confusão que gerará a existência de presunções no âmbito do processo em que, se por um lado,

*“o tribunal está obrigado a justificar (fundamentar) por que condenou o arguido, apresentando os elementos de prova em que fundou a sua convicção”*<sup>308</sup>, por outro lado, face à inversão do ónus da prova sobre a declaração de perda, o tribunal está dispensado de decidir com base numa fundamentação assente nos elementos de prova. Nesse sentido diz-nos *“O risco, já se vê, é o de o tribunal poder misturar presunções.”*<sup>309</sup> Por isso diz-nos este autor que *“Todas estas considerações têm sobretudo por intenção demonstrar que o principal óbice à constitucionalidade da solução proposta, suscitado em matéria de debate parlamentar – a necessidade de autonomizar o processo de declaração de perda –, é um argumento plenamente válido e, quanto a nós, insuperável. (..) Esta separação funcional não é meramente uma questão de lógica processual (só resolvida a questão principal, é que se discute o acessório) mas de verdadeira garantia, não meramente do arguido, mas de legitimação da própria sanção. De facto, ao arguido devem ser concedidos todos os direitos de defesa quanto à questão principal(..)”*<sup>310</sup>

Por nós a tónica não está tanto na mistura de presunções<sup>311</sup>, como já tivemos oportunidade de dizer, o verdadeiro problema está na mistura de defesas e mais especificamente na defesa à presunção estabelecida que obriga a que a defesa tenha

---

<sup>307</sup> José M. Damião Cunha, *“perda de bens a favor do estado”*, op. cit., pág. 156-160

<sup>308</sup> Idem, pág. 158

<sup>309</sup> Ibidem

<sup>310</sup> Idem, pág. 159

<sup>311</sup> Pese embora se pense que a confusão de presunções não seja em si problemática a verdade é que em sede de julgamento na discussão simultânea de ambas as matérias tal pode originar confusões.



lugar antes da condenação de que está dependente. O momento definido para exercer o direito de defesa pode não ser oportuno para o arguido. Por isso dissemos e repetimos que ou a questão é resolvida num momento posterior, após a condenação, ou é discutida fora do próprio processo. E, nesta última situação, os elementos de prova apurados no âmbito do processo do confisco alargado não poderiam servir no processo penal sob pena de voltarmos a discutir a questão da violação do princípio do *nemo tenetur*.

Temos assim a convicção de que o momento em que o arguido se pode defender relativamente à questão do confisco alargado baseado na presunção tem de ser alterado sob pena de violação dos direitos de defesa e da não autoincriminação, ou seja, do princípio do *nemo tenetur*. Estamos em desacordo com o Tribunal Constitucional nesta matéria porque concebemos a possibilidade de conflito entre defesas a serem feitas simultaneamente ou serem contemporâneas. Não é lógico que haja necessidade de se defender relativamente a uma presunção que só ocorrerá se o arguido for condenado. Como acima expusemos este nosso entendimento já era acolhido por parte de vários autores. Na maioria todos manifestaram-se antes da tomada de decisão do TC, mas se este tribunal resolveu bem, em nossa opinião, nos acórdãos as questões sobre a constitucionalidade, nomeadamente violação do princípio da presunção da inocência, bem como a violação do direito da propriedade privada, por outro lado no caso da violação do princípio da autoincriminação não estamos de acordo. Neste sentido manifestaram-se José Damião da Cunha, Jorge Godinho, Paulo Silva Marques e de alguma maneira também Euclides Dâmaso Simões. Estas foram as principais vozes que se ouviram antes do TC se pronunciar sobre o regime especial de perda de bens previsto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro. Dissemos e repetimos que este regime é essencial para repor a verdade num mundo dominado por injustiças. Não é possível compactuar com uma ordem patrimonial ilegítima e por isso naturalmente os bens assim obtidos devem ser declarados perdidos a favor do estado. Este regime não implica a violação do princípio da presunção da inocência. Nesse sentido estamos de acordo com o TC. A presunção só opera após a condenação e não serve para condenar por nenhum dos crimes. Mas se queremos que ao arguido sejam garantidos todos os direitos de defesa então não é legítimo exigir que este se defenda da presunção naquele momento definido na lei. Para nós a solução passa por adiar o momento da defesa ou separar os processos. José Damião da Cunha diz-nos que,

*“a separação “processual” entre questões não significa necessariamente que se deva criar um “processo civil” dependente. Não seria de todo arriscado que o legislador se tivesse socorrido de uma solução “análoga” à reabertura de audiência para produção suplementar de prova (baseada numa liquidação apresentada pelo MP e com a contra-prova do arguido).”*<sup>312</sup>

Também em defesa da autonomia do procedimento, embora concomitantemente, diz-nos Érico Fernando Barin,

*“pensa-se que a permanência da perda alargada atrelada ao processo penal (como no sistema legal português) não a torna menos útil ou eficiente. No entanto, **sua tramitação em incidente paralelo e concomitante ao processo penal (e não no próprio, como prevê a Lei n.º 5/2002) pode evitar percalços e até permitir resultados melhores na meta de recuperação de ativos.**”*<sup>313</sup>.

Augusto Silva Dias parece também apelar à autonomização, mas não tão profunda. Diz-nos este autor que,

*“penso que é a todos os títulos preferível que o confisco seja objeto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretado em sentença condenatória.”*<sup>314</sup>

A solução preconizada por José Damião da Cunha parece-nos que se adotada faria cair o último obstáculo visível, do nosso ponto de vista, à completa conformidade do regime especial de perda de bens face à constituição.

\*\*\*

---

<sup>312</sup> Idem, pág. 160

<sup>313</sup> Érico Fernando Barin, “*Alargar a Perda Alargada: O Projeto Fenix*” op. cit. pág. 89

<sup>314</sup> Augusto Silva Dias, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*” op. cit. pág. 41

## 5. Conclusão

Propusemo-nos apresentar esta dissertação de mestrado sobre a recuperação de ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que veio transpor a Diretiva 2014/42UE, sobre “*o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia*”. A transposição procedeu à modificação de algumas disposições no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei 5/2002, de 11 de janeiro, Lei 45/2011, de 24 de Junho, e ainda noutras disposições legais<sup>315</sup>.

Como questão prévia, antes mesmo de definir recuperação de ativos, abordámos os problemas relacionados com o direito de propriedade que, naturalmente, são indissociáveis ao tema. Concluímos a este propósito que a recuperação de ativos, mesmo nos mecanismos mais agressivos (perda alargada) **não viola o direito de propriedade privada. Apesar de este ter proteção constitucional verificámos que não é um direito absoluto** estando sujeito à compressão face a outros valores mais importantes.

As alterações operadas pela Lei 30/2017 não trouxeram nenhum conceito “novo” sobre recuperação de ativos. Por isso, inexistindo um conceito “novo”, nem tão pouco um “velho”, este trabalho teve que fixar um. Dissemos que num sentido puro a recuperação de ativos deveria ser entendida como a remoção das vantagens obtidas com a prática dos ilícitos típicos. Esta será a essência da recuperação de ativos, o seu “*core business*”. Socorremo-nos da doutrina para chegar a um entendimento sobre quais os **objetivos** que podemos atribuir à **recuperação de ativos** no que às vantagens diz respeito. O objetivo primordial é que “*o crime não compense*”, procurando-se dessa forma retirar as vantagens aos criminosos. Mais se procura **evitar** o reinvestimento das vantagens na prática de **novos factos ilícitos típicos** e, por último, impedir que haja uma **concorrência desleal** na economia de legal através das vantagens ilícitas.

Por acharmos importante ao entendimento da recuperação de ativos demos destaque à divisão que a doutrina faz sobre as medidas de combate ao lucro ilícito que se centram nos **mecanismos que atuam ao nível da incriminação** e as outras que

---

<sup>315</sup> Vide *supra* nb 3

atuam ao nível das **consequências jurídicas**. Esta divisão assenta na perfeição relativamente a um entendimento de recuperação de ativos em sentido estrito. E nesse sentido indicámos que, entre nós, no primeiro grupo enquadrámos o branqueamento de capitais e, no segundo grupo de medidas, a perda das vantagens do Código Penal, o regime da perda alargada da Lei 5/2002, bem como todos os outros regimes especiais v.g o Decreto-Lei 15/93, relativo ao tráfico de estupefacientes. Inicialmente deixamos de fora os instrumentos e os produtos do crime como integrantes dos objetivos da recuperação de ativos, bem como não os integramos nos mecanismos que atuam ao nível da incriminação ou ao nível da consequência jurídica. Todavia, num entendimento ampliado da recuperação de ativos este tipo de bens pode ainda considerar-se como parte integrante daquele fenómeno. Exemplo desse entendimento é dado pela Lei 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Ativos, e que prevê nas suas disposições aquele tipo de bens como “objeto” da atividade investigatória do GRA. Por outro lado, fizemos referência que não se deve confundir o conceito de recuperação de ativos com o gabinete que tem esse nome.

Outra matéria que abordámos neste trabalho foi a **investigação financeira e patrimonial**. As referências iniciais a este tipo de investigação surgiram com a Lei 45/2011. Posteriormente a Lei n.º 30/2017 passou também a prever uma norma sobre este tipo de investigação e ainda aditou uma outra norma à Lei 5/2002 sobre ela. Este tipo de investigação para a qual também não existe definição legal é essencial para a recuperação de ativos. Nela se incluem as diligências de investigação tendentes a identificar, localizar e apreender os ativos que se procuram recuperar. Este tipo de investigação continua a não ter um direito processual que lhe seja diretamente aplicável pelo que continua a socorrer-se das normas processuais do Código de Processo Penal. Esta solução não é a desejável, os meios de prova e os meios de obtenção de prova ali previstos não são idealmente aplicáveis à investigação financeira e patrimonial. Citámos a definição de um autor espanhol, Vicente Corral Escariz, para investigação financeira e patrimonial e que (numa tradução nossa será): ***“Conjunto de diligência policiais e ações judiciais dirigidas para apurar o conjunto atual de bens, direitos e obrigações de uma ou mais pessoas singulares ou coletivas, sua possível origem, e determinar a sua forma de constituição”***.

Na parte II do presente trabalho tivemos a oportunidade de analisar os **mecanismos substantivos da perda através dos quais a recuperação de ativos vive**. Aqui naturalmente verificaram-se modificações operadas pela transposição feita. Demos conta que a perda de bens, nos termos da diretiva, procede à distinção de “instrumentos” e “produtos” o que não sucede na ordem jurídica nacional já que a distinção continua a fazer-se nas três figuras dos instrumentos, produtos e vantagens. Contudo, apesar da manutenção das figuras reconhecidas na nossa ordem jurídica houve uma modificação na sua natureza jurídica. No que à natureza jurídica diz respeito abordámo-la individualizadamente para cada uma das figuras analisadas.

Concluímos relativamente à declaração de **perda dos instrumentos do Código Penal**, face à alteração da Lei n.º 30/2017, por uma tese de carácter dualista. Nos casos do artigo 109.º n.ºs 1 e 2 estamos perante **uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança**. No que à perda pelo valor dos instrumentos diz respeito, previsto no n.º 3 daquele artigo, assumimos que não conseguimos vislumbrar qualquer finalidade político-criminalmente válida. Por outro lado, a perda dos instrumentos, no âmbito do **Decreto-Lei n.º 15/93**, de 22 de janeiro, é do nosso ponto de vista uma **providência sancionatória in rem**.

Quanto à natureza jurídica dos produtos previstos no Código Penal, art.º 110.º, na redação após a transposição da diretiva (em que se veio prescindir do elemento perigo), configurámo-la como **Providência sancionatória**, por ser exigível a prática de um facto ilícito típico, e **in rem** porque dirigida ao objeto.

Sobre as vantagens previstas no Código Penal dissemos que considerávamos que a sua natureza seria de uma **providência sancionatória de natureza análoga ao pedido de indemnização civil** (*fundando-se numa responsabilidade civil*).

Por outro lado, a perda de vantagens da Lei 5/2002, face ao direito vigente foi considerada pelo Tribunal Constitucional como um **incidente processual enxertado** e correndo paralelamente ao processo penal, sendo decretado na sentença condenatória. Este entendimento do TC parece o mesmo defendido pelo professor Augusto Silva Dias que dali retira que este confisco tem **natureza penal** constituindo-se como um **efeito da pena**. Todavia, a solução que melhor defende os direitos do arguido, do nosso ponto de

vista, passaria por o regime não ter um carácter penal, a **condenação** seria equiparável a uma condição de **procedibilidade**. A natureza seria de uma **medida não sancionatória** (por alhear-se de qualquer função retributiva bem como não visar apurar qualquer responsabilidade penal do arguido), de **natureza civil com objetivos restaurativos análogos à responsabilidade objetiva** (independente da culpa, que visa restaurar a situação que existia no momento anterior à prática do facto ilícito, tal qual o instituto da indemnização civil).

Ora a nossa **conceção da perda alargada como tendo uma natureza próxima da responsabilidade civil** faz-nos pensar que a **recuperação de ativos** deveria também ela própria passar por mecanismos de outra natureza para além da penal. Neste sentido as posições que tendem a encontrar pontos de contato no regime da perda alargada com os institutos de responsabilidade civil parecem-nos um dos caminhos possíveis para esta atividade. Nesse sentido, a investigação financeira e patrimonial que se direcione à recuperação de ativos, relativamente às vantagens da perda alargada, previstas na Lei 5/2002, deveria ter um regime processual próprio e distinto do processual penal. Por outro lado, a recuperação de ativos direcionada às vantagens do Código Penal e às outras vantagens previstas noutros regimes jurídicos v.g DL 15/93, bem como os instrumentos e produtos concluímos sempre por tratarem-se de uma providência sancionatória (ora de natureza análoga à da medida de segurança; ora in rem; ou análoga a um pedido de indemnização fundado na responsabilidade civil)

Obrigatoriamente este trabalho teve de analisar as medidas processuais destinadas ao confisco. Analisámos a apreensão, as medidas de garantia patrimonial e o arresto da Lei 5/2002 (bem como o momento em que este pode ser aplicado). Nesta lei analisámos ainda a noção de património para efeitos da perda alargada. Abordamos questões relacionadas com a constitucionalidade da recuperação de ativos pela via desta perda alargada e concluímos pela necessidade de **autonomizar o momento da defesa** do arguido.

Este trabalho não se contentou com fixar-se num único problema jurídico. Deles fomos dando conta ao longo desta dissertação e apresentando as nossas posições. Naturalmente que este trabalho tem defeitos e é criticável. No entanto em todos os

aspetos que abordámos no presente trabalho tentámos ser exaustivos e não nos ficarmos pelas noções elementares.

Muito haveria ainda por dizer sobre a recuperação de ativos à luz da Lei 30/2017, de 30 de maio. Ficamos com a sensação de termos percorrido um longo caminho, até chegar aqui, mas apesar de tudo ainda mal saímos de onde partimos. Isto que dissemos aplica-se tanto ao presente trabalho, como à própria recuperação de ativos. Um longo caminho se afigura ainda pela frente até que seja otimizado ao ponto de devolver os ativos à sociedade em vez destes continuarem a acumular-se em armazéns e a representarem mais custos para a sociedade.

Concluimos que a recuperação de ativos é uma **ferramenta fulcral ao serviço da política criminal** do país que almeje **restaurar uma ordem patrimonial mais justa e conforme o direito**. Mais, podemos concluir que, hoje, a recuperação de ativos não passa por mecanismos extrapenais. O **dogma penal** continua enraizado na recuperação de ativos porque a **natureza jurídica** desta **não pode ser dissociada dos mecanismos** substantivos e processuais que a compõem. Impõe-se pensar nas soluções que queremos para o crescimento da recuperação de ativos bem como para a administração dos mesmos (sob pena de ser o legislador comunitário a impor-nos a sua vontade).

\*\*\*

## 6. Bibliografia

- Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.º edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015
- Andrade, Manuel da Costa e Antunes, Maria João, in “*Da natureza processual penal do arresto preventivo*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 27 (2017), setembro-dezembro, Coimbra, 2017
- Barin, Érico Fernando, “*Alargar a Perda Alargada: O Projeto Fenix*”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 4, n.º 16 (Outubro-Dezembro 2013), Coimbra, 2013, (artigo correspondente ao relatório de doutoramento, Lisboa, 2013, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
- Beleza, Teresa Pizarro, “*Direito Penal 1.º volume*”, publicação Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2ª Edição, Lisboa, 1984
- Bravo, Jorge dos Reis, “Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada – Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos”, “*O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018
- Cabral, José Santos, “*Uma Incursão pela Polícia*”, Coimbra, Almedina, 2007;
- Caeiro, Pedro, “*Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade rediticia (em especial os procedimentos de confisco In Rem e a criminalização do Enriquecimento Ilícito)*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 2 (Abril-Junho 2011), Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- Caeiro, Pedro, “*O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia*”, 1.ª edição “*O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018
- Campos, Carlos da Silva, “*Apreensão e propriedade. Considerações sobre as medidas de apreensão em processo penal*”, Verbo jurídico (Outubro/2006), Lisboa, 2006
- Correia, João Conde, “*Da proibição do confisco à perda alargada*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012



- Correia, João Conde, “*Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (..) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia ) No Direito Português Vigente*”, Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), II (2.º Semestre de 2014), Lisboa, 2014
- Correia, João Conde, “*Apreensão Ou Arresto Preventivo Dos Proventos Do Crime?*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.º 1-4 (janeiro-dezembro 2015), Coimbra, 2015
- Correia, João Conde, “*Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015*”, Revista do Ministério Público, n.º 145 (Janeiro-Março 2016), Lisboa, 2016
- Correia, João Conde, “*Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*”, Revista Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses, IC3F, Nº 1 (outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017
- Cunha, José M. Damião, “*perda de bens a favor do estado -Medidas de combate á criminalidade organizada Económica-Financeira*”, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- Dias, Augusto Silva, “*Criminalidade Organizada e combate lucro ilícito*”, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010
- Dias, Augusto Silva, “*O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários*”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, n.º 1 (Janeiro-março 2010), Coimbra, 2010
- Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime*”, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- Duarte, Jorge Dias, “*Breve cometário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado*”, Revista do Sindicato do Ministério Público, n.º 89, 1.º Trimestre de 2002, Lisboa, 2002
- Eco, Umberto, no original “*Como Si Fa Uma Tesi Di Laurea*”, na tradução por Ana Falcão Bastos e Luís Leitão “*Como se faz uma tese - Em Ciências Humanas*”, 19.ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 2015
- Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, “*Do crime de Branqueamento de Capitais*”, Coimbra, Almedina, 2001

- Godinho, Jorge, “*Brandos Costumes*”, “Liber Discipulorum para J. Figueiredo Dias”, Coimbra, Coimbra Editora, 2003
- Homem, António Pedro Barbas, “O justo e o injusto”, reimpressão edição Novembro/2014, Lisboa, AAFDL, 2014
- Lopes, J.J. Almeida, “Constituição anotada”, 6.<sup>a</sup> revisão, Coimbra, Edições Almedina, 2005
- Marques, Paulo Silva, “*O Confisco ampliado no direito penal português*”, Revista Lusíada. Direito, Série II, n.º 10, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012
- Marques, Paulo em “*A tributação de rendimentos ou actos ilícitos: A necessidade não conhece lei?*”, Revista do Ministério Público n.º 144, Outubro/Dezembro 2015, Lisboa, 2015
- Martins, A. G. Lourenço, “*Luta contra o tráfico de droga: necessidades da investigação e sistema garantístico*”, Revista do Ministério Público, Ano 28, n.º 111 (Julho-Setembro 2007), Lisboa, 2007
- Mascarenhas, Orlando, “*Recuperação de Ativos- Novas Tendências e Desafios*”, 1.<sup>a</sup> edição “*O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe*”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018
- Mendes, Paulo de Sousa, e, Miranda, Sónia, e Reis, António, “*A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?*”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, n.º 2/3 (Setembro/Dezembro 2008), Lisboa, 2008
- Nunes, Duarte Alberto Rodrigues – “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, Revista Julgar On-line (fevereiro de 2017), Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2017
- Rodrigues, Hélio Rigor, e Rodrigues, Carlos A. Reis, “*Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*”, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, Editorial Minerva, 2013
- Rodrigues, Hélio Rigor, “*Gabinete de Recuperação de Activos O que é, para que serve e como actua*”, Revista do CEJ, N.º 1 (1.º Semestre 2013), Coimbra, Edições Almedina, 2013

- Rodrigues, Hélio Rigor, “*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis*”, Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril/Junho 2013, Lisboa, 2013
- Rodrigues, Hélio Rigor, “*O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco*”, 1.ª edição “O Novo regime de recuperação de ativos, à luz da diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a transpõe”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018
- Sá, Domingos Silva Carvalho de, “*Objetos Perdimento e Confisco*”, Revista MaiaJuridica, Julho-Dezembro de 2005, número 2, Ano III, Maia, 2005
- Silva, Germano Marques da, “*Direito Penal Português I*”, Lisboa, Editorial Verbo, 1997
- Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal II*”, 2ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1999
- Simões, Euclides Dâmaso e Trindade, José Luís F, “*Recuperação de Activos: Da Perda ampliada à Actio in Rem*”, Julgar On-line, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Lisboa, 2009
- Simões, Euclides Dâmaso, “*A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)*”, Direito Contra-Ordenacional, Revista do CEJ, 2.º Semestre, N.º14, Coimbra, Almedina, 2010

## 7. Jurisprudência

- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 101/2015, processo n.º 1090/2013, publicado no DR, 2.ª série 26/3/2015
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 392/2015, processo n.º 665/15, publicado no DR, 2.ª série, em 23/9/2015
- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 476/2015, processo n.º 1163/14, publicado no DR, 2.ª série, em 5/11/2015
- O Acórdão Tribunal Constitucional n.º 7/87, proferido no Processo 302/86, consultado in Diário da República n.º 33/1987, 1º Suplemento, Série I, de 1987-02-09
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), para fixação de Jurisprudência, de 22 de Outubro de 2014, Processo 154/11.0PAPNI.L1-A.S1

- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 28 de maio de 2008, Processo 08P583,
- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), 21 de outubro de 2004, Processo 04P3205
- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 27 de Setembro de 2006, Processo n.º 06P2802

## **8. Outros**

- Coelho, Raul de Campos e Lencastre Brito, *“Investigação Financeira e Investigação Patrimonial”*, trabalho apresentado no âmbito da disciplina Metodologia Jurídica para o Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito, ano letivo 205/2016
- Coelho, Raul de Campos e Lencastre Brito, *“O Arresto, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro”*, trabalho apresentado na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, no âmbito da Pós-Graduação “IV Curso sobre Direito da Investigação Criminal e da Prova” 2014

## 9. Índice

Sumário: .....	3
I. Introdução .....	3
1.1 Direito de Propriedade.....	8
1.2 A Recuperação de Ativos .....	17
1.3 Objetivos da Recuperação de Ativos.....	26
1.4 A Recuperação de Ativos e as medidas de combate ao lucro ilícito (medidas incriminadoras ou consequências jurídicas do crime).....	30
1.5 O Gabinete de Recuperação de Ativos.....	43
1.6 Investigação Financeira ou patrimonial.....	50
II. Da Perda.....	59
2.1 A declaração de perda dos objetos e vantagens a favor do Estado.....	59
2.2 Instrumentos, Produtos e Vantagens .....	64
Instrumentum Sceleris, Objetum Sceleris, Fructum Sceleris.....	64
2.3 Conceito de Instrumentos e Produtos na Diretiva 2014/42/UE, de 3 de Abril (e Bens ou Produtos relacionados com crimes na Lei 45/2011, de 24 de junho).....	74
2.4 Natureza Jurídica dos instrumentos, produtos e vantagens.....	79
2.4.1 dos Instrumentos .....	79
2.4.2 dos produtos.....	95
2.4.3 das vantagens .....	98
2.4.4 das vantagens da perda alargada .....	106
2.5 Dialética dos vários mecanismos de perda .....	120
3. Mecanismos processuais aplicáveis à perda (modos de “confiscar”).....	124
3.1 Breves notas.....	124
3.2 Da medida processual do CPP - A Apreensão .....	126
Da apreensão .....	126
3.3 Das medidas de garantia patrimonial: .....	135
3.3.1 Caução Económica e Arresto preventivo.....	135
3.3.2 Medidas de garantia patrimonial e a Caução art.º 197 do CPP .....	144
3.4 Da Medida Processual da Lei 5/2002.....	145
O Arresto .....	145

3.4.1 Noção de património do art.º 7.º n.º 2 da Lei 5/2002 .....	149
3.4.2 Momento da aplicação do arresto: A “todo o tempo” .....	158
4. Recuperação de Ativos e Conformidade Constitucional (da Lei 5/2002) .....	161
5. Conclusão .....	179
6. Bibliografia .....	184
7. Jurisprudência .....	187
8. Outros .....	188
9. Índice .....	189
Sumário .....	191
Summary .....	193

## Sumário

O tema da presente dissertação versa sobre a recuperação de ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Esta lei veio cumprir a obrigação do Estado Português de transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/42UE, sobre “*o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia*”. A transposição feita, pela Lei n.º 30/2017, não criou nenhum regime próprio e limitou-se a fazer modificações pontuais nalguns diplomas que regulavam matérias relacionadas com a perda de objetos a favor do Estado, nomeadamente o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei 5/2002, de 11 de janeiro, entre outros.

Neste trabalho definimos conceitos importantes ao tema, desde logo, a noção de recuperação de ativos, bem como de investigação financeira e patrimonial. No que à definição de recuperação de ativos se reporta a mesma pode ser vista num duplo plano. Em sentido estrito a mesma visa essencialmente proceder pela declaração de perda das vantagens. Em sentido amplo, além da perda das vantagens, acolhemos a posição de João Conde Correia que nos diz que a mesma engloba a identificação, localização e apreensão dos bens e produtos, bem como a destinação dos proventos do crime. Relativamente à definição da investigação acolhemos a seguinte: “Conjunto de diligência policiais e ações judiciais dirigidas para apurar o conjunto atual de bens, direitos e obrigações de uma ou mais pessoas singulares ou coletivas, sua possível origem, e determinar a sua forma de constituição”, da autoria de Vicente Corral Escariz. Identificamos ainda os objetivos da recuperação de ativos, bem como da própria investigação. Analisamos possíveis ofensas ao direito de propriedade privada provocadas pelos regimes substantivos de recuperação de ativos.

Apresentamos o Gabinete de Recuperação de Ativos, da Polícia Judiciária, como a entidade melhor dotada para proceder à recuperação de ativos.

Prestamos atenção aos objetos sobre os quais incidem as medidas de recuperação de ativos. Constatamos que na transposição o legislador nacional optou por manter a terminologia já conhecida e estabilizada na ordem jurídica Portuguesa – Instrumentos, Produtos e Vantagens -, face aos conceitos terminológicos constantes da Diretiva 2014/42/UE - Instrumentos e Produtos -. Analisamos possíveis implicações da manutenção dos conceitos enraizados na ordem jurídica interna. Procuramos definir a natureza jurídica de cada uma dessas figuras após a transposição da Diretiva, bem como o seu histórico.

Faz-se a exposição jurídica dos vários regimes existentes de direito substantivo relativos à recuperação de ativos. Explica-se a aplicabilidade de cada um dos regimes, bem como a dialética entre todos eles. Explicamos como a Lei n.º 30/2017 passou a admitir o confisco das vantagens independentemente da existência de uma condenação.

Procedemos pela análise do regime de confisco alargado, previsto na Lei 5/2002, nalguns dos seus aspetos. Explicamos, desde logo, a desnecessidade da demonstração de um nexo entre o crime e as vantagens declaradas perdidas ao abrigo deste diploma e que a lógica, inerente ao regime, assenta numa desconformidade entre o património do arguido face aos rendimentos lícitos declarados por este. Desenvolvemos a noção de património para o regime da perda alargada e que assenta numa ideia de património virtual que abarca bens que tenham sido transferidos para terceiros até 5 anos antes da constituição como arguido.

Procedemos pela identificação e explicação relativamente aos meios de natureza processual – apreensão, medidas de garantia patrimonial, arresto – que são aplicáveis para efetivar uma declaração de perda de bens a favor do estado.

Concluimos que a recuperação de ativos é uma ferramenta fulcral ao serviço da política criminal do país que almeje restaurar uma ordem patrimonial mais justa e conforme o direito. Mais concluimos que no ordenamento jurídico nacional a recuperação de ativos não passa por mecanismos extrapenais. O dogma penal continua enraizado na recuperação de ativos porque a natureza jurídica desta não pode ser dissociada dos mecanismos substantivos e processuais que a compõem.



## Summary

The theme of this dissertation is on asset recovery in reference to the Law n.º 30/2017, of May 30<sup>th</sup>. This law complied with the obligation of the Portuguese State to transpose the Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council, of 3<sup>rd</sup> of April 2014, regarding “freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union”. The transposition made by the Law n.º 30/2017 did not create its own regime, and it limited itself to make occasional modifications in some diplomas that regulated matters related to the loss of assets in favor of the State, namely the Criminal Code, Process Code of Penal Law, Law 5/2002, of January 11<sup>th</sup>, among others.

In this work we define important concepts to the subject for example the notion of assets recovery, as well as financial and patrimonial investigations. Regarding the definition of asset recovery, it can be seen in a double plan. In the strict sense, the purpose is essentially to proceed with the declaration of the loss of the criminal advantages. In a wider sense, besides the loss of those advantages, we follow the understanding of the author João Conde Correia, who includes the identification, localization and seizure of instrumentalities and proceeds, as well as the destination of the proceeds of crime to the asset management office. Regarding the definition of the investigation we followed the one given by the author Vicente Corral Escariz which says: "Series of police diligence and judicial actions aimed to determine the current set of assets, rights and obligations of one or more natural or legal persons, their possible origin, and determine their form of constitution ", We also identify the objectives of this activity, as well as to the investigation itself. We discussed the possible offense against private property rights caused by the asset recovery regimes.

We presented the Asset Recovery Office, of the Judicial Police, as the main entity in Portugal to do asset recovery.

We looked in to the types of assets that can be subject to recovery measures. We take notice that the national legislature maintained the terminology already known in the Portuguese legal order – instrumentalities, proceeds and Advantages -, although the Directive 2014/42/EU adopted another terminological concepts, such as instrumentalities and proceeds. We analyze possible implications of maintaining the concepts with the obligation of transposing the Directive of the European Union. We tried to define the legal nature of each of these figures after the transposition of the

Directive, as well as historically. We explained the existing regimes related to the asset recovery as well as to the applicability of each of them.

We explained how the Law N.º 30/2017 admits the confiscation of assets regardless of the existence of a criminal conviction. We analyze some aspects of the extensive confiscation regime of the Law 5/2002. We explained how in this legal measure it's unnecessary to demonstrate a connection between the crime and the advantages obtained for the purpose of forfeiture. It's explained the logic behind the regime and that the procedure is based on an inconsistency between the defendant's assets and the licit income declared by him. We talked about the notion of assets for the extended loss regime, which is based on an idea of virtual assets that takes in to account even those that have been transferred to third parties, up to 5 years before the constitution as defendant.

We concluded that the asset recovery is an important tool at the service of the country's criminal policy that seeks to restore a more just and lawful patrimonial order. We further conclude that in the Portuguese national legal system asset recovery does not involve extra-penal mechanisms. Criminal dogma continues to be very much associated to the asset recovery because it can't be dissociated from the penal legal mechanisms through which it lives.